

Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

Tema: Plurinacionalidad y Derecho Indígena en el Ecuador.

Caso de la Nacionalidad Achuar.

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogada de los
Tribunales de Justicia de la República del Ecuador.**

Autora: Stephanie Cristina León Calle

Director: Dr. Esteban Segarra

Cuenca, Ecuador

2009

INDICE DE CONTENIDOS

AGRADECIMIENTO.....	II
RESUMEN.....	IV
ABSTRACT.....	V
INDICE GENERAL.....	VI

AGRADECIMIENTO

Agradezco a los trenes que me ha enviado la vida, por ubicarme en los lugares precisos, laberintos, ríos y caminos para transitar desempolvando construcciones sociales fantásticas, por ofrecerme sabores y sin sabores que han sembrado en mi la sensibilidad y percepción para vivir en el intento de no uniformarme en el gregarismo.

Quiero expresar mi agradecimiento, a mi primer profesor de derecho y justicia, a mi papá, Marco, por recordarme que las cosas más hermosas se encuentran en la frescura y sencillez de la vida, a mi madre, por su complicidad y amor a nuestro hogar, a Alexandra, mi hermana, quien siempre me ha apoyado, aconsejando y comprendiendo, a mis sobrinas zambitas, quienes con sus inquietudes y travesuras son el color y las serpentinas de la fiesta que celebran con su simple ser, a mis compañeros coidearios por las largas conversaciones y controversias, a Humberto quien me dio el salvoconducto para visitar el interior de la amazonía, a Rosita y a mis amigos, por las horas de risas, ocurrencias y por compartir mis intereses. A Jonathan por sembrar en mi la locura y el dinamismo necesario para ejercer con pasión el derecho.

Guardo un recuerdo especial, por las charlas y entrevistas con: Martín y César Kaasap, quienes luchan por mantener su identidad cultural, a la Comunidad de Sapap Entsa, *Río de Paja*, por la acogida que me brindaron y por compartir su cotidianidad amazónica, por tener la paciencia de tratar de entablar comunicación, al menos mímica, con una especie anómala de “*apache*” que no era monja, militar ni política.

Esta monografía, *apachiru yakum papiro*, es el resultado de meses muy dinámicos y llenos de sorpresas. La idea surgió cuando zarpé con las primeras luces del alba por los ríos Morona, Kangaimé y Makuma, y se coronó al concluir en esta investigación socio-jurídica de la Nacionalidad Achuar, que groseramente ha sido popularizada por las leyendas que se han tejido alrededor del mundo amazónico, por la “proeza” de reducir las cabezas o por la “anarquía” en la que viven; en fin es la selva la que me dio las luces para despertar algunas inquietudes jurídicas las cuales ahora me conducirán a obtener el título de abogada; y es así como lo que hace algunos meses, inició como una exigencia formal como requisito para obtener mi título de abogada, desencadenó un camino que me ha llevado a varias reflexiones. El tema de esta monografía a más de orientarme profesionalmente, ha sembrado en mi un compromiso de gestión y he encontrado nuevos roles que podríamos tener los abogados.

En este texto dejo esbozado el tema amplísimo del derecho indígena, el cual se presentó para mí como un terreno tan interesante como desconocido, más luego adentrándome descubrí una extensa bibliografía al respecto; situación que se resume en palabras de Herman Hesse, *“lo que me parecía importante decir ya había sido dicho”*, por lo que esta investigación es una apreciación personal y desprejuiciada en cierta forma corroborante con lo que ya ha sido estudiado; en fin, pese a esto, seguiré analizando, dudando, criticando y proponiendo y así, probablemente en el futuro concluiré que lo que creía original ya ha sido estudiado, desmenuzado e incluso superado. En todo caso este texto es un avance, un inicio de lo que podría venir, por ahora pongo luz roja, para obtener mi título, que será para mí como dar un paso a un nuevo inicio de práctica, exploración y estudio.

Debo expresar que durante el desarrollo de esta monografía, a partir de este tema de estudio, me he relacionado con varias personas con intereses y posturas similares, ya que simultáneamente con la investigación, he entrevistado y charlado con personas involucradas en organizaciones sociales, instituciones gubernamentales, políticos, quienes han aportado opiniones muy valiosas para este estudio.

Stephanie León Calle.

RESUMEN

El presente documento ofrece una comprensión sobre la plurinacionalidad, el pluralismo jurídico, la justicia indígena y la legislación existente en el Ecuador, resaltando la importancia de que la justicia indígena sea valorada por quienes integran el sistema jurídico formal. Contiene además una investigación del sistema de control y justicia de la Nacionalidad Achuar, que resulta de la aproximación que se tuvo con esta cultura, describiendo la cosmovisión, autoridades y rituales jurídicos de este grupo amazónico que existe relativamente inalterado, pero que se encuentra en peligro de desaparecer.

En fin, esta investigación otorga luces sobre el derecho indígena, y destaca la importancia de generar un diálogo intercultural que oriente a interactuar horizontalmente entre las nacionalidades, enfatizando en la necesidad de extinguir conceptos etnocentristas, como base para propiciar un verdadero Estado democrático.

ABSTRACT

This project provides an understanding of multinationality, legal pluralism, indigenous justice, and the current legislation in Ecuador, highlighting the importance that indigenous justice be valued by those who integrate the formal justice system. It also contains an investigation into the system of control and justice of the Achuar Nationality, which was a result of the closeness that was developed with this culture; describing the world view, authorities and juridical rituals of this amazonic group, which exists largely unchanged but is in danger of disappearing.

In summary, this investigation puts a spotlight on indigenous rights, and emphasizes the importance of generating an intercultural dialogue that is aimed at horizontal interaction between the nationalities, emphasizing the need to end ethnocentric concepts as a basis for proportioning a true democratic state.

INDICE GENERAL

INTRODUCCION.....	1
-------------------	---

CAPITULO I: INTRODUCCION AL DERECHO INDIGENA

1. Introducción y definición del derecho indígena.....	2
1.1 Fundamentos y Principios de la existencia del Derecho Indígena.....	9
2. Bases Constitucionales que sustentan la existencia y vigencia del derecho indígena.....	12

CAPITULO II: PLURINACIONALIDAD Y PLURICULTURALIDAD.

1. Plurinacionalidad. Contenido.....	15
1.1 Plurinacionalidad y Derechos Colectivos.....	16
2. Pluriculturalidad e Interculturalidad: El reconocimiento del Pluralismo Jurídico.....	25
3. Pluralismo Jurídico. Conflicto que brota de la diversidad jurídica.....	29
3.1 La justicia estatal y la justicia indígena.....	30
3.2 Oposiciones en la Justicia Estatal y la Justicia Indígena.....	31
3.3 Características de la Administración de Justicia Indígena.....	33
4. Jurisdicción y competencia del Derecho Indígena.....	35
4.1 Conflictos de distribución de competencia entre autoridades estatales e indígenas.....	37

CAPÍTULO III: DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Derecho Indígena, Derechos Fundamentales y Derechos Humanos.....	43
1.1. Jurisdicción Indígena. La Constitución Ecuatoriana y el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo para los Pueblos Indígenas y Tribales.	49
2. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	51
2.1 El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.....	51
2.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.....	53
3. Deber Estatal de cumplimiento de las normas internacionales.....	56

CAPÍTULO IV: FORMAS INDÍGENAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO DE LA NACIONALIDAD ACHUAR, COMUNIDAD DE SAPAP EN TSA.

1. Administración de Justicia Indígena en la Nacionalidad Achuar.....	59
1.1 Generalidades	63
1.2 Rasgos Culturales	76
1.3 Características de la Administración de Justicia.....	81
1.4 Autoridades Indígenas que administran justicia.....	85
1.5 Conflictos más comunes en Sapap Entsa: tratamiento y solución	91
1.6 Debilidades del sistema	94
CONCLUSIONES.....	97
ANEXOS.....	99
León C. Stephanie C. Reportaje “La selva de Sapap Entsa que da vida”, <i>Diario el Mercurio. Cuenca – Ecuador, 2008</i>	100

FOTOGRAFÍAS.....	101
BIBLIOGRAFÍA.....	10

INTRODUCCION

El presente estudio sobre el derecho indígena como expresión de la plurinacionalidad que caracteriza a nuestro Estado, contiene un análisis, comparaciones y cuestionamientos sobre el conflicto que brota de la diversidad jurídica entre el sistema estatal y el indígena en nuestro país; en este sentido, se abordará el orden constituido en los convenios internacionales, derechos fundamentales y derechos humanos, sobre esta materia. Tras este análisis y mediante la aproximación personal con la Nacionalidad Achuar, se realizará una indagación sobre la administración de justicia de esta cultura, específicamente en la Comunidad de Sapap Entsa, cantón Taisha, Provincia de Morona Santiago.

El tema del derecho indígena en el contexto latinoamericano ha sido históricamente marginado, y esta es la razón por la cual esta investigación busca estimular una inquietud y preocupación sobre la necesidad de reconstruir el Estado; desde el ámbito jurídico, con la creación de leyes que garantice a los pueblos indígenas el ejercicio de sus derechos, en oposición a intereses políticos y económicos, nacionales e internacionales; es así, que esta investigación apunta a generar una reflexión que avive una nueva mirada judicial de quienes nos encontramos relacionados con el tema planteado, desde diferentes ámbitos Sociología, Derecho, Antropología, etc.

PLURINACIONALIDAD Y DERECHO INDIGENA EN EL ECUADOR.

CASO DE LA NACIONALIDAD ACHUAR

CAPÍTULO I: INTRODUCCIÓN AL DERECHO INDÍGENA.

1. Introducción y definición del derecho indígena.

La Constitución de la República en el Art.1 define al Ecuador como un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. El reconocimiento de interculturalidad y plurinacionalidad, va más allá de registrar la heterogeneidad en nuestra sociedad, ya que implica llevar hacia el ámbito de los derechos una interrelación de grupos con diferencias culturales que debe rebasar el respeto o aceptación mutua y alcanzar un plano de valoración cultural que motive el fortalecimiento de la identidad de cada pueblo.

La interculturalidad, supone una coexistencia y relación entre las diversas culturas del estado. *“La interculturalidad es la condición de posibilidad de la plurinacionalidad, de la misma manera que el Estado plurinacional es la única garantía para que las sociedades puedan reconocer, respetar y construir la interculturalidad.”*¹

La Constitución de 1998, declaraba como intercultural al Estado Ecuatoriano, se trataba de un reconocimiento que en la práctica se quedaba flotante y no bastaba para vivir una interculturalidad en el ámbito jurídico, por esta razón, en la actual Constitución del 2008, la interculturalidad se convirtió en una garantía real, con fuerza normativa, al caracterizar al Estado como plurinacional.

¹ Chuji Gualinga, *Artículo de ALAI, América Latina en Movimiento*, Ecuador, 2009.
Disponible en: <http://alainet.org/active/23366&lang=es>

La plurinacionalidad hace referencia a la existencia de varias naciones dentro una nación, las cuales deben estar definidas territorialmente y tener su propio idioma.

Existen severos ataques en torno al concepto de plurinacionalidad, críticas que se basan en la existencia de ciertos grupos como los negros quienes no tienen su propio idioma y tampoco un territorio definido, por lo que no cumplirían los requisitos de la nacionalidad y quedarían al margen del concepto de nación. Otra crítica sostiene que la plurinacionalidad daría paso a una fragmentación del país, con la cual corroboran corrientes políticas y filosóficas antimperialistas que también contemplan esta posibilidad al señalar que a pretexto de la plurinacionalidad, se apunta a la fusión de culturas en el mercado global y no a su coexistencia, ya que cada comunidad o nacionalidad indígena sería de fácil conducción política internacional de un poder nacional fuerte y centralizado, esto, como una nueva lógica del capitalismo, la cual procura integrar una oposición a los gobiernos con los pueblos indígenas y negros; ya que al involucrarse la autonomía como elemento fundamental en un estado plurinacional, se podría anticipar una manipulación política de su concepto; concluyendo que, la preservación de la diversidad y la pluralidad sería aparente y que en el fondo sólo apuntaría a lesionar la unidad nacional y consecuentemente dando como resultado un catastrófico debilitamiento del estado.

Cabe señalar, que en concepto, la plurinacionalidad, tomando en cuenta que la Constitución Política de la República del Ecuador en el *Art. 6* define a la nacionalidad como “ *el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional*”, no atentaría contra la nacionalidad de los integrantes del Estado, posibilitando el hecho de ser ecuatoriano sin sacrificio del pertenecer a una nacionalidad indígena; es posible ser shuar ecuatoriano, achuar ecuatoriano, etc.

En caso de entender a la nacionalidad, como lo hace la tradición jurídica occidental, es decir como un vínculo jurídico de las personas con el Estado, la existencia de varias nacionalidades implicaría inexorablemente la existencia de varios estados, lo cual no corresponde a la realidad y sería incorrecto.

Otras posturas sostienen que la amenaza de la integridad de unidad nacional es una pantalla, que en el fondo oculta un persistente pensamiento que subordina el derecho indígena por debajo del derecho estatal y que además trata de negar las ventajas de la autonomía, concepción que obstaculizaría la interculturalidad, sosteniéndola aun como concepto flotante y que no daría consecuencias concretas.

Por otra parte, coinciden con la pertinencia de caracterizar a nuestro estado como plurinacional algunos instrumentos internacionales, los cuales consagran el derecho al territorio y al autogobierno, tales instrumentos son: el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo, OIT, sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Estos instrumentos suman a los derechos individuales de las personas, los derechos colectivos inherentes a un nuevo sujeto de derecho llamado Pueblo Indígena, y es así que de la declaración de plurinacionalidad, se deriva que se reconozca a los pueblos y nacionalidades indígenas como sujetos políticos con derechos y estructuras jurídicas propios.

En el convenio 169 de la OIT se encuentra implícito el derecho a la libre determinación, ya que en el preámbulo, se menciona la necesidad de que cada pueblo controle sus instituciones propias dentro del marco del Estado en que viven; el derecho a esta determinación está vinculado estrechamente con el concepto de autonomía y autogobierno como condiciones básicas para el desarrollo de las comunidades indígenas. *“La autonomía y el autogobierno no son otra cosa que la capacidad de decidir los asuntos fundamentales de acuerdo a su cultura y bajo unas reglas pactadas con el Estado que dan contenido a la autonomía. Esto es, la posibilidad de que se reconozca el sistema de regulación y sanción que han venido aplicando los pueblos indígenas.”*²

² Gómez Magdalena, artículo con fecha de publicación desconocida. Disponible en: <http://www.geocities.com/relaju/mgomez.html>.

Tras esta manifestación acerca de la plurinacionalidad, es necesario hacer una reflexión, ya que *“las autonomías, sin una perspectiva global nacional de construcción de poder y de gobierno que dé o pueda dar la perspectiva plurinacional, pueden quedar atrapadas en los muros de las circunscripciones territoriales y del estado vigentes, sin mayor peso político real en el concierto del Estado general, es decir cambiar un poco, para no cambiar nada”*³, por lo tanto es imprescindible, que paralela y armoniosamente se viva un goce de derechos tanto individuales como colectivos, de lo contrario la autodeterminación podría constituirse perjudicial para los pueblos y comunidades.

Una vez que se han citado algunas críticas que giran en torno a la plurinacionalidad; es preciso concluir que la interculturalidad y plurinacionalidad, sustentan el Pluralismo Legal, conocido también como policentrismo legal, que es una situación en la que confluyen dos o más sistemas jurídicos, es decir se refiere a la coexistencia del sistema oficial y el indígena.

Con el reconocimiento de interculturalidad y plurinacionalidad a continuación se profundizará el tema del Derecho Indígena y con estos antecedentes, es oportuno definir cual es este derecho.

El derecho indígena es *“un derecho vivo, dinámico, no escrito, el cual a través de su conjunto de normas regula los más diversos aspectos y conductas del convivir comunitario. A diferencia de lo que sucede con la legislación oficial, la legislación indígena es conocida por todo el pueblo, es decir que existe una socialización en el conocimiento del sistema legal, una participación directa en la administración de justicia, en los sistemas de rehabilitación, que garantizan el convivir armónico. El derecho indígena, que tiene su propio sistema de legislación, su administración de justicia, sus sistemas carcelarios, por lo mismo tiene también su fundamento, su base, en la costumbre, es decir en el derecho consuetudinario.”*⁴

³ Simbaña Floresmilo, *“Plurinacionalidad y Derechos colectivos. El caso Ecuatoriano”*, Argentina, 2005, pag. 215.

⁴ Illaquihe Raúl *“Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador. Estudio de Caso”*. Ecuador, 2006, pag. 26.

El derecho indígena se encuentra constantemente evolucionando de acuerdo a las necesidades de la comunidad, pues se toman nuevas soluciones conforme el caso específico y cabe señalar que éste no está blindado de la influencia externa e incorpora soluciones de experiencias ajenas empatándolas a su estructura, además el derecho indígena se caracteriza por ser legítimo por ser reconocido en el interior de la comunidad por su eficacia, ya que su propósito es impedir las conductas antisociales; al respecto es oportuno indicar que la reincidencia en este sistema es muy inferior a la del sistema estatal.

Resulta imperioso comentar al respecto de la definición del derecho indígena, ya que debe ser entendido como el derecho de las sociedades que han mantenido su carácter plural frente a la política y al derecho colonial, sin desconocer que este derecho ha estado transformándose junto con la historia de cada pueblo; por esta razón es necesario señalar las características que lo explican y que se detallarán a continuación:

1. *“El derecho indígena responde a una cosmovisión.*
2. *El derecho indígena es consuetudinario.*
3. *El derecho indígena es oral.*
4. *El derecho indígena es componedor más que sancionador*
5. *El derecho indígena es comunitario”*⁵

Para comprender el enunciado: *“el derecho indígena responde a una cosmovisión”* es preciso señalar que la cosmovisión es la forma en la que un grupo interpreta al hombre, al mundo, la relación entre los dos y comprende su sentido, su cultura, la cual abarca todas las producciones humanas, los diferentes saberes en todos los ámbitos de la vida que ineludiblemente tienen vinculación

⁵ Solís León Sabrina, *“Derecho consuetudinario de la comunidad indígena frente al sistema jurídico mexicano”*. México, 2003.

con una determinada cosmovisión. Esto explica que el derecho, al ser un producto cultural, derivado de la intuición que un grupo determinado tiene de concebir un orden, esté ligado con su propia cosmovisión, es decir a su conciencia, a los valores que estima importantes.

El derecho indígena es *consuetudinario*, es decir son normas que se han formado colectiva y anónimamente, por los hábitos, usos que con el pasar del tiempo han tomado fuerza jurídica. Es decir las costumbres son jurídicas puesto que se refieren a preceptos que regulan la solución de los conflictos y la vida de la comunidad, por lo tanto son identificadas dentro del contexto colectivo y son respetadas naturalmente, legitimándose así su existencia; ya que son parte de la identidad del pueblo, además las investigaciones de las infracciones que se cometen en las comunidades, son meticulosas ya que el espacio generalmente es pequeño y la mayoría de los miembros se conocen por lo que no resulta difícil actuar con severidad y certeza.

Es imprescindible manifestar que estas normas nacen de la conciencia colectiva, no tienen un origen legislativo, constitucional o reglamentario, de hecho, son anteriores a éstas, sin desconocer que el derecho indígena está en constante cambio, ya que está mutando paralelamente con la historia de cada pueblo, con las transformaciones políticas, económicas, y demás; consiguientemente resultaría inexacto considerarlo como un conjunto de normas ancestrales intactas, inmunes de la influencias colonizadoras y a las del estado. Cabe mencionar la importancia de este derecho consuetudinario pues su vigencia constituye uno de los múltiples factores que integran a la cultura e identidad étnica, que constituye una riqueza nacional.

El instrumento de recreación de este derecho es fundamentalmente *oral*, ya que “la palabra” tiene un valor real que no se ha extinguido en las comunidades y es más el derecho indígena se apoya fundamentalmente en esta tradición oral, que reside en la sabiduría popular que se transmite a través de las generaciones.

*“Al tener a la costumbre como fuente y la oralidad como forma básica, el derecho indígena se presenta como un conjunto de normas sumamente dinámicas”.*⁶ La oralidad responde a una lógica diferente a la occidental, la cual de manera general requiere de un texto para reconocer los derechos.

El derecho indígena es más compondor que sancionador. El proceso es orientado a restablecer la armonía al interior de la comunidad, la finalidad del derecho indígena es que el infractor haga conciencia y se arrepienta; especialmente en las comunidades amazónicas, en las que las sanciones tienen un carácter espiritual, por lo expuesto, lo que se busca, es que la persona pueda reincorporarse a la comunidad y no segregarlo; el derecho indígena se identifica en el objetivo al sistema occidental, el cual es restablecer el equilibrio y la armonía de la colectividad.

⁶ Solís León Sabrina, *“Derecho consuetudinario de la comunidad indígena frente al sistema jurídico mexicano”*. Universidad de las Américas Puebla, México, 2003.
Disponible en: http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/solis_1_s/capitulo1.pdf

1.2 Fundamentos y Principios de la existencia del Derecho Indígena.

“Los pueblos indígenas históricamente han conservado y desarrollado normas, usos y costumbres jurídicas, que codificados culturalmente, mediante el ejercicio de autoridad tradicional, y la existencia de instituciones, se constituyen en sistemas jurídicos, que aplican mecanismos de administración de justicia, normas y procedimientos. Estos elementos y características fundamentan la existencia del Derecho Indígena.”⁷

Pérez Guartambel, sostiene que para el sustento del reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en un estado plurinacional es imprescindible contar con los siguientes principios en la definición del derecho indígena:

1. *“La Fuente del Derecho Indígena.*
2. *Su Naturaleza*
3. *Estatus*
4. *Sus límites”⁸*

La Fuente del Derecho Indígena. Es importante anular la idea de que el derecho indígena es una creación o una concesión de parte del estado para con los indígenas, quienes han practicado desde antaño formas de administración de justicia. El hecho de que sus normas no hayan sido escritas no las exime de su naturaleza jurídica, ya que se trata de *“un derecho originario, histórico e inherente al nacimiento del pueblo indígena, consustancial a su cultura, a la visión cosmogónico – filosófica, reconocido como derecho primogénito, anterior a la creación del Estado actual.”⁹*

⁷ Boletín del Instituto Científico de Culturas Indígenas, anónimo, fecha de publicación desconocida. Disponible en: <http://icci.nativeweb.org/boletin/33/juridicas.html>

⁸ Pérez Guartambel Carlos, «*Justicia Indígena*», Ecuador, 2006, pags. 189, 190

⁹ Pérez Guartambel Carlos, «*Justicia Indígena*», Ecuador, 2006, pag. 189.

Naturaleza del Derecho Indígena. Los derechos de los pueblos indígenas son de naturaleza colectiva, diferentes a los derechos individuales clásicos dentro de los cuales no se los puede incluir. Tanto la Declaración Universal de los Derechos Humanos como en los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos y en el de los Derechos Económicos y Sociales, tienen como titular a la persona, pero para el caso de los pueblos indígenas, cuya dimensión es colectiva, es imprescindible que correlativamente así también sean sus derechos, ya que su reconocimiento es básico para garantizar su existencia misma. Los derechos de los pueblos indígenas forman parte de los derechos de tercera generación y se caracterizan porque es posible determinar concretamente quienes pueden reclamarlos y por su titularidad que es permanente, a diferencia de los otros derechos de tercera generación verbigracia el derecho a la paz o el derecho a un medio ambiente sano, que para exigirlos, podrían circunstancialmente asociarse un grupo de personas quienes tras su reivindicación se separarían a diferencia de los pueblos indígenas para quienes es histórica y permanente la titularidad de sus derechos colectivos. La Constitución de la República del Ecuador reconoce a los pueblos indígenas derechos colectivos a su identidad cultural, territorio, participación, educación bilingüe, y claro, estos derechos se extienden al pueblo afroecuatoriano. Cabe destacar entre estos derechos, el que tienen sobre el territorio, entendido como el espacio en el cual el pueblo se asienta y dentro del cual tienen control político y pueden decidir de acuerdo a su cultura, sus valores y a su versión de la historia, con sus sistemas de cargos, sanciones y más.

El Status. “Es necesario definir con precisión que el derecho indígena es un derecho autónomo soberano, independiente de cualquier sistema jurídico, destacando que no se trata de un derecho subordinado al liberal, en todo su ámbito de acción, competencia, jurisdicción, sin más límites que el respeto y la tolerancia a los otros cuerpos jurídicos de otros pueblos.”¹⁰

¹⁰ Pérez Guartambel Carlos, «Justicia Indígena», Ecuador, 2006, pag. 190.

El sistema jurídico estatal ecuatoriano y en general la cultura latinoamericana no ha respetado la existencia e independencia del derecho indígena consuetudinario, el cual ha sido colocado por debajo del derecho positivo y esto lo confirman los criterios que parten de que el derecho indígena se posibilita si los indígenas tuvieran a su cargo los órganos estatales que aplican las normas jurídicas emanadas de la Función Legislativa o de la postura que parte del supuesto de que el Derecho Indígena es el que en los instrumentos legales se ocupa de los indígenas, pero estos conceptos revelan un pensamiento que responde al monismo jurídico, que solamente admite el derecho estatal. Definitivamente, ningún derecho es superior ni inferior a otro, el derecho se legitima por responder a las necesidades propias de un pueblo y es el resultado de una percepción de que determinado derecho es el oportuno para conservar la armonía social, sea éste, el common law, el derecho musulmán o derecho indígena.

Sus Límites. Constitucionalmente el derecho indígena se encuentra sustentado, mas no sus límites y es así que no existe claridad acerca de la jurisdicción y la competencia. Existe el criterio de que la competencia fundamental es la territorial es decir la jurisdicción regiría para cualquier infractor aunque éste no sea indígena si la infracción ha violado las normas dentro de su territorio. Otros criterios señalan que los indígenas deberían ser juzgados por la comunidad así el delito haya sido cometido fuera de su territorio en el caso de que el problema afecte a la comunidad. El texto constitucional expresa que las funciones jurisdiccionales se ejercerán dentro del ámbito territorial de las nacionalidades indígenas. Sin embargo existe polémica en torno a este tema y no se ha clarificado con exactitud sobre la jurisdicción la cual será tratada en el capítulo posterior.

Cabe señalar, en este punto, que del respeto al territorio indígena, y a su sistema normativo, derivaría un fortalecimiento a la vida cultural indígena, pero por otra parte podría también derivarse manipulación política, abriendo la puerta para reformas legales lacerantes para el Estado.

1. Bases Constitucionales que sustentan la existencia y vigencia del derecho indígena.

La diferencia entre la Constitución de 1998 y la del 2008, es la caracterización del Estado como plurinacional e intercultural. La Constitución de 1998 se lo definía como pluricultural y multiétnico, el contraste fundamental es que la pluriculturalidad y la multiétnicidad aludía exclusivamente a la existencia de varias culturas a diferencia de la definición de plurinacionalidad que rebasa esta idea y bordea el tema político. Con el debatido tema de las autonomías, cuyo sustento legal se encuentra en la Constitución de la República del Ecuador del 2008:

Art. 257 “En el marco de la organización política administrativa podrán conformarse circunscripciones territoriales indígenas o afroecuatorianas que ejerzan las competencias del gobierno territorial autónomo correspondiente, y se regirán por principios de interculturalidad, plurinacionalidad y de acuerdo con los derechos colectivos”.

Con la premisa de que la plurinacionalidad ha sido reconocida junto con varios derechos fundamentales para los pueblos indígenas, y con otros preceptos constitucionales, se sustenta la existencia y vigencia del derecho indígena, de los cuales importa destacar los siguientes artículos y algunos incisos:

Art. 171 “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria.”

Art. 57 “Se reconoce y garantizará a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos:

1. Mantener, desarrollar y fortalecer libremente su identidad, sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social.

9. Conservar y desarrollar sus propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral.

10. Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

15. Construir y mantener organizaciones que los representen, en el marco del respeto al pluralismo y a la diversidad cultural, política y organizativa. El Estado reconocerá y promoverá todas sus formas de expresión y organización.”

No está por demás dejar anotado que los artículos citados sustentan el Derecho Indígena sobre una base constitucional, que parte del pluralismo, y que el art. 171 citado anteriormente establece manifiestamente la jurisdicción y competencia de las autoridades indígenas, sin embargo dan luz verde para que la justicia ordinaria sea tomada como una segunda instancia, pues en el evento de que surjan desacuerdos por las sanciones aplicadas, éstas serán sometidas al control constitucional.

Para concluir este capítulo, es necesario manifestar que la Justicia indígena responde a una realidad histórica y no a una concesión constitucional, aunque sea la Constitución la que la sustenta, y en la cual se ha reflejado el fortalecimiento del movimiento indígena.

CAPÍTULO II.

PLURINACIONALIDAD Y PLURICULTURALIDAD.

1. Plurinacionalidad. Contenido.

“La aplicación de la plurinacionalidad requiere de dos transformaciones: un cambio estructural que modifique las relaciones económicas y políticas actuales que se fundamentan en la explotación de unos grupos sociales por otros, y un cambio sociocultural que replantee el conjunto de la nación en tanto comunidad humana; esto implica una recomposición de las relaciones entre grupos socioculturales que coexisten en un mismo Estado nacional.

La aplicación de tales propuestas envuelve:

- Redefinir la división geográfica política y el territorio nacional.*
- Conformación de nuevos poderes locales,*
- Participación de las nacionalidades y pueblos indígenas en la esfera nacional.”¹¹*

La democracia plurinacional implica una modificación de la división geopolítica, la cual debe obedecer a principios de la realidad social y cultural, es decir, se debe modificar la geografía de las relaciones de poder, ya que el marco de la actual división política posibilita la creación de circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas. Complementando esta propuesta, se permite la conformación de nuevos poderes locales elevando a una jerarquía jurídico – política las distintas formas de autogobierno.

¹¹ Simbaña Floresmilo, “Plurinacionalidad y derechos colectivos. El caso ecuatoriano”. Argentina, 2005, pag. 204

En definitiva el contenido de la plurinacionalidad involucra *“una profunda reforma política del Estado que permite la constitución de la democracia plurinacional como alternativa epistémica a la democracia representativa y liberal”*¹² y en esta línea el proyecto de los indígenas apunta hacia una reforma legal del Estado, ya que la plurinacionalidad los consolida como sujetos políticos y no se limita a la vigilancia del cumplimiento de los Derechos Colectivos contemplados en la Constituyente de 1998.

Con la declaración de la plurinacionalidad se genera una sociedad inclusiva, que reconoce a las comunidades, pueblos, nacionalidades, montubios y a las comunas como sujetos de los derechos del buen vivir y además se amplían los derechos colectivos que serán mencionados en el siguiente punto.

1.2 Plurinacionalidad y Derechos Colectivos.

*“La Plurinacionalidad ha sido la bandera integradora del movimiento indígena”*¹³ y para tener una visión general de lo que implica esta nueva definición de Estado, es necesario dar una mirada hacia la historia para comprender a sus objetivos y surgimiento.

En los años setenta las distintas corrientes de izquierda ecuatoriana se adhirieron al proceso de resistencia contra la presión del capitalismo sobre el campo, forjándose así el Proyecto Político de la Plurinacionalidad, que se lo condensó en cuatro ejes substanciales:

1. *“Ruptura democrática con el actual Estado uninacional y construcción de uno plural que permita la participación de los pueblos indígenas y la sociedad en general en su organización y conducción.*
2. *Lucha contra las desigualdades e injusticias económicas como fundamento básico para la superación de toda explotación y discriminación.*

¹² Palacios Paulina, Artículo *“Construyendo la diferencia en la diferencia: mujeres indígenas y democracia plurinacional”* en la compilación: *“Pueblos Indígenas, estado y democracia”*. Argentina, 2005, pag. 324.

¹³ Simbaña Floresmilo. *“Plurinacionalidad y Derechos Colectivos. El caso ecuatoriano.”*, Argentina, 2005, pag. 206.

3. *Transformación de la organización socio – cultural de la sociedad ecuatoriana que se asienta sobre la base del racismo y la segregación. Construcción de una sociedad basada en la tolerancia, la horizontalidad de las relaciones y la interculturalidad.*
4. *La autonomía, dentro del Estado ecuatoriano, de los pueblos indígenas.*¹⁴

Los indígenas construyeron en 1986 la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador con sustento en el proyecto en mención; sin embargo a partir del año 1998 la reforma constitucional y el Convenio 169 de la OIT pasaron a ser los proyectos políticos del movimiento indígena reemplazando al proyecto histórico inicial de la Plurinacionalidad del Estado.

Desde 1998 el movimiento indígena ha ido alcanzando importantes conquistas en derechos culturales, económicos, culturales derechos que se refieren a la territorialidad, cultura, religiosidad, educación bilingüe, la administración de sus recursos, el ejercicio de funciones jurisdiccionales y de sus derechos intelectuales colectivos. Actualmente con la incorporación de la plurinacionalidad en la Carta Constitucional, el tema de la autodeterminación de los pueblos y nacionalidades indígenas, ha generado conflictividad, se tacha esta libre determinación de ser separatista o antipatriótica y además se critica la injerencia externa en el movimiento indígena.

¹⁴ Simbaña Floresmilo. “*Plurinacionalidad y Derechos Colectivos. El caso ecuatoriano*”, Argentina, 2005, pag. 208

Sobre los Derechos Colectivos:

Para entender los derechos colectivos así como la plurinacionalidad e interculturalidad, es necesaria una comprensión de los derechos humanos y de la cosmovisión indígena. Por esta razón, para los indígenas no basta el reconocimiento internacional de los derechos humanos universales ni el enunciado de igualdad formal frente a la ley.

Por estos motivos el establecimiento de derechos colectivos han sido considerados elementales, ya que con su reconocimiento y garantía constitucional, el Estado debe actuar de una manera particular con la población indígena y afroecuatoriana, *“el reconocimiento de derechos a sujetos colectivos participa de una lógica que busca armonizar la igualdad con la diferencia”*.¹⁵

*“Los derechos colectivos o derechos de los pueblos nacen a favor de una pluralidad de personas. Se caracterizan porque frente a su violación, todos son titulares de derechos, no como individuos aislados sino como miembros de una colectividad y sus beneficios son indivisibles entre todo el colectivo demandante, la comunidad, como sujeto, puede ser titular de derechos humanos.”*¹⁶

Los derechos colectivos que consagra la Carta Política permiten que la plurinacionalidad se lleve a la praxis, configuran los derechos económicos sociales y culturales, que guían al Estado a establecer políticas de protección, conservación, recuperación, fortalecimiento, potenciación y respeto de las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Estos derechos se resumen en:

¹⁵ Chávez Gina, 2003, artículo de la *Red Ecuatoriana de Derecho Indígena*, Quito 4 de agosto de 2003. Disponible en: http://www.observatorio.cl/contenidos/datos/docs/20060201041059/Derechos_colectivos_de_pueblos_indigenas.doc

¹⁶ Chavez Gina, Ecuador, *Revista Judicial*, fecha de publicación desconocida. Disponible en: <http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.207.htm>

1. El Derecho de Identidad. Implica la mantención, desarrollo y fortalecimiento del sentido de pertenencia, tradiciones ancestrales y formas de organización social; implica también, mantener, desarrollar y fortalecer las prácticas y tradiciones propias, conservar y desarrollar sus formas tradicionales de convivencia y organización social, de generación y ejercicio de la autoridad. Involucra el impulso por parte del Estado al uso de vestimentas, símbolos y los emblemas que los identifiquen; a no ser objeto de racismo y de ninguna forma de discriminación, al reconocimiento reparación y resarcimiento a las colectividades afectadas por racismo, xenofobia y otras formas conexas de intolerancia y discriminación. Además a mantener y desarrollar los contactos, las relaciones y la cooperación con otros pueblos, en particular los que estén divididos por fronteras internacionales.
2. Los Derechos Económicos y de Propiedad. Estos derechos están relacionados a la conservación de la propiedad imprescriptible, inalienable, inembargable e indivisible de las tierras comunitarias; a mantener la posesión ancestral de las tierras comunitarias y a obtener su adjudicación gratuita. Se establece además el derecho a no ser desplazados y el derecho a que se limiten las actividades militares; sumado a esto, el derecho a la propiedad intelectual y colectiva de sus conocimientos ancestrales.
3. Los Derechos de Participación. Estos derechos tienen que ver con la facultad que el Estado otorga a los pueblos indígenas para participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables. Por otra parte deben ser consultados de forma previa, libre e informada y de manera obligatoria y oportuna por las autoridades competentes los planes y programas de prospección y explotación de recursos no renovables que puedan afectarles ambiental o culturalmente, participar en los beneficios que esos proyectos reporten, y a recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen. Además se establece que deben ser consultados antes de la adopción de una medida legislativa que pueda afectar cualquiera de los derechos colectivos.

4. Los Derechos Culturales. Estos derechos garantizan las acciones para mantener, recuperar, proteger, desarrollar y preservar el patrimonio cultural e histórico; a desarrollar y fortalecer la educación intercultural bilingüe; las ciencias, tecnologías y saberes ancestrales, los recursos genéticos, medicinas y prácticas de medicina tradicional, incluido el derecho a recuperar, promover y proteger los lugares rituales sagrados, así como plantas, animales, minerales y ecosistemas dentro de sus territorios y el conocimiento de los recursos y propiedades de la flora y fauna. Además se establece el derecho a que la dignidad y diversidad de sus culturas, tradiciones, historias y aspiraciones se reflejen en la educación pública y en los medios de comunicación.

Acerca de los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario es irreductible e intangible, y en ellos está vedada todo tipo de actividad extractiva.

5. Los Derechos de Representación. Estos derechos se refieren a la participación de los representantes indígenas en organismos oficiales que determina la ley, en lo que concierne a las políticas públicas y en el diseño y decisión de sus prioridades en los planes y proyectos del Estado.

El art. 51 numeral 10 de la Constitución consagra: *“Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, el cual no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.”*

El art. 171 de la C.P. consagra “Las autoridades de las Comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la justicia indígena y la jurisdicción ordinaria.”

Por lo expuesto en los artículos transcritos de la Constitución, inexorablemente requieren del desarrollo de leyes secundarias que viabilicen estos derechos colectivos.

Es oportuno también hacer referencia otros derechos colectivos que se encuentran contemplados en la Carta Política.

Art. 58. Para fortalecer su identidad, cultura, tradiciones y derechos, se reconocen al pueblo afroecuatoriano los derechos colectivos establecidos en la Constitución, la ley y los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos.

Art. 59. Se reconocen los derechos colectivos de los pueblos montubios para garantizar su proceso de desarrollo humano integral, sustentable y sostenible, las políticas y estrategias para su progreso y sus formas de administración asociativa, a partir del conocimiento de su realidad y el respeto a su cultura, identidad y visión propia, de acuerdo con la ley.

Art. 60. Los pueblos ancestrales, indígenas, afroecuatorianos y montubios podrán constituir circunscripciones territoriales para la preservación de su cultura. La ley regulará su conformación.

Se reconoce a las comunas que tienen propiedad colectiva de la tierra, como una forma ancestral de organización territorial.

Los artículos mencionados, configuran una combinación de los derechos de los pueblos indígenas que implican lineamientos jurídicos, sociales, políticos y económicos que favorecen el acceso a la igualdad mediante el reconocimiento y respeto a las diferencias, para así permitir la construcción de un nuevo Estado democrático, plurinacional e intercultural.

2. Pluriculturalidad e Interculturalidad: El reconocimiento del Pluralismo Jurídico.

“No es la conciencia del ser la que determina su ser social, sino es la realidad material lo que determina su ser social.”

Carlos Marx

La raíz pluri significa varios o diversos, por lo tanto pluriculturalidad significa varias culturas y esta característica es verificable en nuestro país, la pluriculturalidad se presenta y especifica por la interculturalidad que es su elemento integrante, inter significa relación o diálogo y así interculturalidad significa relación o diálogo entre las culturas pero más allá de este sentido, se refiere a una relación de respeto y valoración entre éstas.

La cultura y la identidad constituyen la matriz de un pueblo, y éstas son cambiantes, inclusive la auto percepción de la identidad se modifica, es flexible ya que el contexto nacional influye, *“...al ser el hombre la obra de su nación, el producto de su entrono y no al revés, como creían los filósofos de las luces y sus discípulos republicanos, la humanidad debe declinarse en plural: no es otra cosa que la suma de los particularismos que pueblan la tierra”*¹⁷, y es así que hace pocos años el identificarse como indígena se complicaba por la discriminación, por esta razón muchos indígenas evitaban hermanarse como tales; más hoy en día, en gran medida se ha reivindicado la identidad indígena, y constituye un motivo de orgullo el usar los trajes tradicionales y hablar el idioma propio, sin que esto excluya lo primordial de la identidad, que reside en lo más profundo de la persona.

¹⁷ Pérez Guartambel Carlos, «*Justicia Indígena*». Ecuador , 2006, pag. 208

Por otra parte, tomando como punto de partida, el carácter dinámico y contextual de la cultura, el derecho indígena es conocido y percibido como legítimo, junto con las autoridades y los procedimientos, aunque éstos se hayan ido modificando y adaptando al contexto nacional, es así que el sistema jurídico estatal e indígena interactúan, por ejemplo en el caso de las dirigencias políticas en las comunidades.

Cada pueblo y nacionalidad es diferente, y podría aseverarse que el grado de pureza es variable y depende de los factores geográficos que son determinantes para la conservación pura de una comunidad, pues la cercanía a una ciudad, con los elementos que ésta implica como la política, la religión, la existencia de fundaciones, etc, conducen a una modificación inevitable y a veces a una confusión de los principios que sustentan el orden jurídico indígena.

En el Ecuador existen las siguientes nacionalidades: Kichwa, Chachi, Awa, Epera, Tsachila, Cofán, Siona, Secoya, Wauorani, Sapara, Andoa, Shiwiar, Shuar y Achuar, además, y los siguientes pueblos: Otavalos, Karankis, Natabuelas, Kayampis, Kitu Caras, Kayampis, Panzaleos, Chivuelos, Salasacas, Kisapinchas, Warankas, Puruháes, Cañaris, Sarakuros, Kichwas; además están presentes blanco mestizos, afrodescendientes y montubios. La interculturalidad, se puede desarrollar a dos niveles: entre los indígenas y entre indígenas y no indígenas.

Tras esta digresión y retomando la idea principal de este acápite Gaitán Villavicencio Loor, señala que el enfoque intercultural es una visión de las relaciones humanas y sociales que busca la valoración del otro en función de un proyecto común, construido con:

- *“Equidad: Se aprecia en forma horizontal las potencialidades y límites de las diversas culturas.*
- *Interaprendizaje: Trata de incorporar los aportes de las otras culturas con visión selectiva e incluyente; todos aprenden de todos.*
- *Participativa: En la labor de selección y de convergencia de los aportes se otorga y se promueve que todos sean protagonistas de las acciones de convergencia; y,*

- *Manejo de conflictos: Se reconoce que a veces existen intereses y visiones diferenciadas y opuestas entre los actores de diferentes culturas y que, por tanto, pueden surgir confrontaciones entre ellos; tales situaciones requieren la puesta en práctica de estrategias de comunicación para la solución de conflictos.*¹⁸

Por lo expuesto es imperioso que las políticas de interculturalidad partan de la cosmovisión, idioma, sabiduría y conocimientos ancestrales, hacia los diferentes ámbitos del Estado: comunicación, política, administración, educación, tecnología, etc; y sobre todo que se promueva la formación de una conciencia cultural; y para que esto se posibilite, todas las culturas deben ser observadas de una manera horizontal, sin jerarquías ni prejuicios, respetando e integrando las diferentes culturas, a veces antagónicas entre ellas, y precisamente por este motivo si se diera un conflicto entre comunidades debe buscarse una solución mediante un diálogo conciliador, basado en la observancia de cada comunidad.

¹⁸ Gaitán Villavicencio Loor, artículo: “*Pluriculturalidad e interculturalidad en el Ecuador: el reconocimiento constitucional de la justicia indígena*”, Red Ecuatoriana de Derecho Indígena. Ecuador, fecha desconocida.

El Reconocimiento del Pluralismo Jurídico.

“...el juez se vuelve autor central del sistema político y jurídico, desplazando la figura tradicional del legislador y debiendo dejar su tradicional rol de Júpiter para adoptar la compleja vestimenta de Hermes... La figura de Hermes es muy interesante porque evoca un juez traductor, un juez mediador entre la dimensión interna del derecho y su dimensión externa... Esto significa... construir una nueva hermenéutica a partir de un derecho que se parece más a una red de normas que a la tradicional pirámide kelseniana...”¹⁹

Para comprender el pluralismo jurídico es imprescindible, como punto de partida reflexionar sobre el monismo jurídico que no acepta otro derecho que el emanado por el Estado es decir sostiene que el único derecho es el que provenga de las instituciones del Estado.

Norberto Bobbio en su “Teoría General del Derecho” manifiesta que *“La teoría estatalista del derecho es el producto histórico de la formación de los grandes estados que surgieron de la disolución de la sociedad feudal. Esta sociedad fue pluralista, es decir formada por varios ordenamientos jurídicos, que se oponían o se integraban: por encima de lo que hoy son los Estados nacionales había ordenamientos jurídicos como la Iglesia y el Imperio, y había ordenamientos particulares por debajo de la sociedad nacional, como los feudos, las corporaciones y los municipios. También la familia, considerada en el pensamiento cristiano como una sociedad natural, era en si misma un ordenamiento. El Estado moderno – así - se fue formando a través de la eliminación y absorción de los ordenamientos jurídicos superiores e inferiores por la sociedad nacional, por medio de un proceso que se podría llamar de monopolización de la producción jurídica. Si por poder entendemos la capacidad*

¹⁹ Huber Rudolf, “Hacia Sistemas Jurídicos Plurales”. Colombia, 2008, pag 187 y 188, tomado de Francois Ost en Ost, Francois, (1993). *Júpiter, Hércules, Hermes. Res modelos de juez y derecho, Doxa (14)*

que tienen ciertos grupos sociales para promulgar normas de conductas válidas para todos los miembros de la comunidad, y de hacerlas respetar aún con el recurso de la fuerza – el llamado poder coactivo- la formación del Estado Moderno corre paralela a la formación de un poder coactivo cada vez más centralizado y por lo tanto a la supresión gradual de los centros de poderes inferiores, lo que tuvo como consecuencia la eliminación de todo centro de concentración de poder normativo y coactivo que caracterizó el surgimiento del Estado nacional moderno. La elaboración teórica más depurada de este proceso es la filosofía de Hegel, en la cual el Estado es considerado como el Dios terrenal, como sujeto último de la historia, que no reconoce ningún otro sujeto ni por encima ni por debajo de él”²⁰.

Por lo expuesto el llamado Estado Moderno, que es un resultado de la corriente dominante en occidente, implica desconocer cualquier sistema jurídico si éste no es el estatal, desmerece cualquier otra fuente de producción jurídica y en efecto, el pluralismo jurídico surge como una oposición a esta tesis centralizadora del Estado, que identifica en uno solo el Derecho con el Estado, como si fueran una sola entidad por lo que inflexiblemente, según el monismo jurídico cabe la existencia de un solo derecho, el estatal.

El positivismo jurídico del siglo XIX, se alinea a esta teoría, con la tendencia de Kelsen, quien corrobora con la teoría de que la producción jurídica es exclusiva del Estado, ya que *con la “teoría pura del derecho” glorifica la validez del sistema, orden jerárquico, constitución, etc. Para Kelsen “la soberanía es la expresión de la exclusividad de la validez de un sistema normativo. Presupuesto el orden jurídico estatal como soberano, el hombre no puede hallarse sometido jurídicamente sino a un solo orden: el orden estatal”*.²¹

²⁰ Borello Raúl. Resumen de la ponencia “*Sobre el Pluralismo Jurídico*”, archivos de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho. Argentina, 9 de octubre de 1999. Disponible en: http://www.aafd.org.ar/archivos/13_jornada_Borello.pdf

²¹ Kelsen Hans. “*Teoría Pura del Derecho*”. Trad. Por Moisés Nilve, 27 de la edición en francés de 1953, Argentina, 1994. Disponible en: <http://www.google.com.ec/search?hl=es&q=soberan%C3%ADa+es+la+expresi%C3%B3n+de+la+exclusividad+de+la+validez+de+un+sistema+normativo.++Presupuesto+el+orden+&meta=&aq=f&oq=>

Antagónicamente, la teoría de la institución, surge como una reacción al estatalismo, sus representantes son: Maurice Houriou (Francia) y Santi Romano (Italia), para esta teoría el criterio para determinar lo jurídico, es fundamentalmente, la organización y es así que cuando un grupo se organiza para establecer un organización, se transforma en “sociedad jurídica”, esto, sin llegar a la exageración de confundir normas religiosas, morales, con las jurídicas.

El argumento del pluralismo jurídico ha sido desarrollado particularmente por el jurista francés Jean Carbonnier, de quien sin entrar en una descripción detallada sobre su estudio, en conclusión, sostiene que sobrellevando las objeciones y limitaciones de la pluralidad jurídica, la producción del derecho puede surgir de varios centro generadores, ampliando así las fuentes y cesando la dependencia de la creación del derecho por parte del Estado.

Carbonnier concibe al pluralismo como *“una doctrina radicalmente escéptica y neutralista, al mismo tiempo que concibe la tolerancia, como una actitud de respeto de las diferencias, pero también de afecto a ciertos principios de justicia”*²².

Para concluir si entendemos al derecho como una forma de organización social, y como una creación humana, anterior inclusive al Estado, el pluralismo jurídico, tienen cabida, ya que lógicamente éste no es el ente que precisamente tiene que elaborarlo, además el pluralismo jurídico se evidencia, en la práctica, por la coexistencia de diferentes culturas, en el mismo territorio, y con ellas, sus heterogéneos órdenes jurídicos, por lo que, concomitantemente, es vital tener como premisa el principio de respeto a las culturas así como eliminar las aspiraciones hegemónicas que tiendan hacia la unificación del derecho.

²² Carbonnier Jean, citado por Hierrezuelo Conde Guillermo, *Revista de estudios histórico-jurídicos* No.26 Valparaíso, 2004

Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552004002600029&script=sci_arttext

Definitivamente, es necesario que el diseño jurídico nacional parta de la comprensión desprejuiciada de las particularidades de las justicias locales en las que se sustenta la realidad jurídica de cada pueblo, ya que los sistemas normativos indígenas resultan congruentes porque se fundamentan en una lógica propia que se ha construido como parte de la cultura.

2. Pluralismo Jurídico. Conflicto que brota de la diversidad jurídica.

“El observador postmoderno presumiblemente no pertenece a ninguna cultura, sino que flota por encima de ellas como un satélite tele comunicativo. Todo vale igual: el CPU incaico, el Mantra taoísta, el instrumento de tortura medieval, el Corán, El kamasutra, una revista pornográfica, un panfleto neonazi, la home page de IBM, la promesa de fidelidad, un prisionero electrocutado, la exploración de Marte, el crucifijo. Culturas, épocas, religiones, obras de arte y filosofías se vuelven artículos de consumo en el gran supermercado de la postmodernidad.” Estermann

Siguiendo la línea de la teoría del monismo jurídico; en el Ecuador, solamente se llamaría derecho a las normas emanadas de la función legislativa y a las de la función ejecutiva, ya que ésta función es colegisladora. Es así que la justicia indígena constituiría una práctica aislada y en formación, ya que la costumbre como fuente del derecho es admisible exclusivamente cuando la ley se remita a ella o a la falta de norma estatal. Sin embargo, es notorio que el monismo jurídico no satisface a las demandas de distintas nacionalidades ubicadas en un mismo estado, por lo tanto, tomando como premisa el pluralismo jurídico, ha podido plasmarse en las normas jurídicas lo que desde hace siglos ha sido una realidad la plurinacionalidad.

3.1 La justicia estatal y la justicia indígena.

La justicia indígena se encuentra legalizada pero aun no legitimada en la sociedad mestiza, en gran medida por los comentarios y debates que han propiciado los medios de comunicación, que la han presentado desvirtuando su naturaleza, adulterándola y convirtiendo el tema de la administración de justicia en una noticia superficial y sensacionalista.

Esto ha generado que la conciencia social asemeje a las sanciones como salvajismos y violaciones a los derechos humanos; o a la justicia shamánica, -la cual apunta hacia una renovación espiritual y dentro de la cultura indígena prevalece incluso sobre lo comunitario-, como si solo fuese un saber folclórico, lo cual responde a una observación neocolonialista que no admite considerar al indígena como sujeto productor del conocimiento.

Existen diferentes opiniones en torno a la administración de justicia indígena, ya que puede abrir una puerta para el utilitarismo, es decir el indígena podría recurrir al procedimiento formal o al procedimiento indígena, según le convenga, y de hecho en ocasiones cuando los litigantes no han sido favorecidos con la sanción de la autoridad indígena, asisten a la justicia ordinaria como si ésta fuera una segunda instancia, contrariando incluso el principio del derecho estatal, *Non bis idem*, por el cual ninguna persona puede ser sometida a juicio dos o más veces por la misma conducta.

Por otra parte, aunque el criterio de que la efectividad, rapidez e imparcialidad en la justicia indígena es indiscutible, es común y usual que entre indígenas se presenten denuncias en las comisarías, de litigios que podrían resolverse incluso a nivel familiar en consensos privados; esto se da por diferentes motivos sociales e influencias externas a la comunidad, verbigracia, el planteamiento de una denuncia o demanda, es visto como un asunto de estatus, que otorga prestigio y solvencia económica.

Cabe manifestar que aun está por verse como se llevará al terreno de la praxis cotidiana esta pluralidad jurídica, ya que existe una escasa jurisprudencia acerca

de las normas de derecho consuetudinario, cuándo estas se han opuesto a las normas constitucionales, o cuándo las partes del conflicto son integrantes de diferentes comunidades, y un sinnúmero de casos particulares.

Por esta razón es necesaria una ley que compatibilice las funciones de justicia de la autoridad indígena con las de la función judicial estatal; existen criterios que sugieren que a la autoridad indígena se le confíe los asuntos de menor cuantía y que a los jueces estatales se atribuya los de mayor valor, pero este criterio obedece a los esquemas jerarquizadores de culturas. También es necesario establecer como será la cooperación entre la autoridad estatal y la indígena, y se debe plasmar como se armonizará los conflictos entre la justicia indígena con los derechos humanos y la constitución.

3.2 Oposiciones entre la Justicia Estatal y la Justicia Indígena.

La justicia ordinaria tiene límites en su aplicación, en materia penal por ejemplo, carecería de lógica el hecho de que se inicie un juzgamiento a un integrante de una comunidad indígena sin consideración a razones culturales o elementos que están más allá de la simple lectura de la norma, pero hay que recalcar que no son las falencias las que justifican la aplicación de la justicia indígena; ésta obedece más bien al respeto a una cosmovisión, a una cultura en base a la cual se considerará lo que debe ser sancionado.

En este tema, amerita recalcar la importancia de la antropología jurídica para realizar un análisis de los sistemas normativos estatales e indígenas, por este motivo las pruebas periciales antropológicas, constituyen elementos muy importantes a la hora de comprender la forma en que los indígenas organizan su comunidad. Un claro ejemplo de la oposición entre los dos sistemas, es la forma en la que se trata el tema de los psicotrópicos, que entre los indígenas amazónicos, son necesarios para los eventos curativos y ceremoniales.

Con el ejemplo expuesto, se evidencia la necesidad de que el derecho debe contemplar la variabilidad cultural, cuando un mismo hecho es tratado de forma opuesta entre los sistemas jurídicos estatal e indígena.

En este aspecto, para que el derecho indígena pueda ser comprendido, es necesario relevar la importancia de los peritajes antropológicos, que serían herramientas nuevas en el contexto de nuestro sistema jurídico. Para estos casos el perito es quien, aportaría con sus conocimientos, de una manera interpretativa, el sentido que tendría aplicar una ley de una cultura que no sea la creadora de la misma, es decir el sentido que tendría juzgar a una persona bajo los parámetros extraños a su cultura.

Por otra parte, con el objetivo de conjugar las oposiciones y el accionar de los sistemas estatal e indígena, la Constitución manifiesta: *“La ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”* por eso la elaboración de una ley orgánica resulta urgente.

Es preciso por lo tanto recoger los proyectos que han sido elaborados en base a las inquietudes de los representantes de las comunidades indígenas, de los jueces, abogados y analistas, para evitar la interferencia entre la jurisdicción indígena y la ordinaria, y además para que no se dupliquen los enjuiciamientos y sanciones.

La Constitución establece en el Art. 171 que la jurisdicción es exclusiva para el territorio indígena y este punto, será exhaustivamente tratado a lo largo del desarrollo de este capítulo, para lo cual se citará una Propuesta de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas, la cual establece las posibles soluciones para los conflictos de jurisdicción y competencia, de los conflictos fuera de la colectividad, de la autoridad indígena y las autoridades del estado, y del derecho indígena con los derechos humanos.

3.3 Características de la Administración de la Justicia Indígena.

Las características cardinales de la aplicación de la Justicia Indígena son la aceptación de la culpa y la demostración de arrepentimiento por parte de los infractores. En el contexto indígena estas dos muestras se consiguen habitualmente, y a esto apuntan los castigos físicos y los actos de expiación, como el baño en agua fría, el ayuno, el retiro a la montaña, la ortigada, entre otros correctivos que tienen la función de purgar al transgresor.

*No siempre se busca descubrir “la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad, sino más bien como recuperar la paz y armonía familiar, comunal, intracomunal.”*²³

Las características de la Administración de Justicia Indígena, se las puede sintetizar en:

- *“Las autoridades son propias de cada comunidad, pueblo o nacionalidad.*
- *Tiene un procedimiento especial propio.*
- *Aplicación de normas propias del derecho consuetudinario, basado en los usos y costumbres de cada pueblo o comunidad.*
- *La sanción es de carácter social, curativo y permite la reintegración y la rehabilitación instantánea del o la acusada.*
- *Participación colectiva de la comunidad para resolver el conflicto.*
- *Es gratuita.*
- *Es oral y en su propia lengua.*
- *La armonía y la paz comunal o colectiva se restituyen instantáneamente.*^{24”}

²³ Trujillo Julio Cesar; GRIJALVA, Agustín; ENDARA Ximena “Justicia Indígena en el Ecuador”. Ecuador, 2001, pag. 77.

²⁴ Tiban, Ilaquiche, “Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador”. Ecuador, 2004, pag 43

Es necesario enumerar también algunas características del derecho estatal que son aplicadas de manera distinta en la administración de justicia indígena:

1. *“La administración de justicia indígena no establece diferencias en razón de la materia.*
2. *La administración de justicia indígena se basa en el juicio comunitario y en los consensos al resolver la culpabilidad y/o las sanciones*
3. *La administración de justicia indígena no distingue instancias procesales, la decisión que tome la autoridad indígena es inapelable.*
4. *La administración de justicia indígena procura una investigación exhaustiva de los hechos.*
5. *Es muy importante restablecer la armonía en la comunidad y esto no se puede hacer si se sanciona a quienes no han sido culpables, ya que se inicia otro momento de conflicto.*
6. *La administración de justicia indígena actúa a petición de parte.*
7. *La administración de justicia indígena contempla penas consideradas “duras” por la sociedad mestiza para los casos considerados graves para la vida de la comunidad.”²⁵*

Sobre estas características, cabe señalar cada pueblo o comunidad, tiene una organización distinta; las particularidades de los pueblos amazónicos y los andinos son diferentes, por ejemplo, en la Nacionalidad Achuar, el adulterio de la mujer faculta al marido para matarla, *“el marido que no castiga a los adúlteros, es obligado por los padres de la mujer para que ejecute la sanción, de no hacerlo corre el riesgo que recaiga sobre él la pena de muerte, que será ejecutada por el padre o hermanos de la infractora.”²⁶*

²⁵ Trujillo Julio Cesar; GRIJALVA, Agustín; ENDARA Ximena *“Justicia Indígena en el Ecuador”*. Ecuador, 2001, pags. 75, 76, 77 y 78.

²⁶ Trujillo Julio Cesar; GRIJALVA, Agustín; ENDARA Ximena *“Justicia Indígena en el Ecuador”*. Ecuador, 2001, pag. 74.

A diferencia de las culturas amazónicas, las culturas indígenas andinas observan ciertos mandatos jurídicos, como el derecho inviolable a la vida, al debido proceso, la actuación de la autoridad indígena a petición de parte. Sin embargo estas no son características absolutas para las demás nacionalidades existentes en el país, de hecho las normas mencionadas son de mucha flexibilidad y no requieren de formalismos.

Un ejemplo de que los mandatos jurídicos no siempre se contemplan en las comunidades amazónicas es que la administración de justicia se base en un juicio comunitario, y que la autoridad actúe a petición de parte, pues en el caso de la Nacionalidad Achuar, frente al caso de infidelidad de la mujer se procede a ejecutarla, sin que éste hecho se lo realice a la luz pública, y generalmente se la ejecuta al momento que el marido descubre la infidelidad. Para la comunidad esta ejecución no es un hecho claro y manifiesto, pues sus miembros no saben exactamente si la mujer ha muerto o se ha ido de la comunidad. El criterio del informante Cesar Kaasap, para quien *“la expulsión de la comunidad es más grave que la muerte.”*

4. Jurisdicción y competencia del derecho indígena.

La aplicación del Derecho Indígena implica estar al frente de dos instituciones procesales: la jurisdicción y la competencia.

La jurisdicción hace referencia a la potestad pública de las autoridades indígenas para ejercer funciones de justicia, está reconocida en la Constitución en el Art.57 No.9, que reconoce y garantiza a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas *“conservar y desarrollar propias formas de convivencia y organización social, y de generación y ejercicio de la autoridad, en sus territorios legalmente reconocidos y tierras comunitarias de posesión ancestral”*. En concordancia con este artículo la Constitución en el art. 171 establece que las autoridades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales y que las normas y procedimientos propios se aplicarán sobre conflictos internos.

Competencia del Derecho Indígena.

Para comprender el tema de la competencia del Derecho Indígena, es necesario referir las siguientes competencias: *“competencia material, competencia territorial, competencia personal y competencia temporal.”*²⁷

1. Competencia Material. El Convenio 169 de la OIT que en el siguiente capítulo será objeto de estudio minucioso, no establece límites para efectos de juzgamiento de las autoridades indígenas. Sumado a esto, *“la administración de justicia indígena no establece diferencias en razón de la materia”*, por lo tanto la autoridad indígena tiene potestad de conocer y resolver todos los delitos, en contraste al criterio que pretende limitar a la administración de justicia indígena, en el aspecto penal a simples contravenciones.

2. Competencia Territorial. La justicia indígena es aplicable a todo el espacio territorial que pertenezca a las comunas, comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, Pérez Guartambel, basándose en el Convenio 169 de la OIT, señala que si el ilícito es cometido por un indígena fuera de su jurisdicción, éste debería ser conocido y resuelto por la autoridad indígena, también señala que *“ante conflictos de jurisdicción territorial entre pueblos indígenas y quiénes no pertenecen a esta comunidad debería juzgarse las infracciones en función de la interculturalidad para evitar que se anule, neutralice o penalice la justicia indígena por parte del derecho liberal.”*²⁸

3. Competencia personal. El Convenio 169 de la OIT no se refiere explícitamente a la competencia personal, *“sin embargo en materia penal hace referencia a los procedimientos a aplicarse a los miembros de las comunidades. En los casos de indígenas inmersos en otros delitos, se les aplicará la ley que ellos conocen por sus ancestros, por tanto deben ser juzgados mediante reglas de su propia cultura.”*²⁹

²⁷ Pérez Guartambel Carlos, « *Justicia Indígena en el Ecuador* ». Ecuador, 2006, pags 192,193.

²⁸ Pérez Guartambel Carlos, « *Justicia Indígena en el Ecuador* ». Ecuador, 2006, pag. 192.

²⁹ Pérez Guartambel Carlos, « *Justicia Indígena en el Ecuador* ». Ecuador, 2006, pag. 192.

4. Competencia temporal. Como anteriormente se señaló “*la decisión que tome la autoridad indígena es inapelable*”, por lo que la justicia estatal no puede juzgar otra vez al infractor así como tampoco es posible interponer un recurso.

4.1 Conflictos de distribución de competencia entre autoridades estatales e indígenas.

La necesidad de una ley que compatibilice la jurisdicción indígena y la ordinaria, se encuentra manifiesta en el Art. 171 de la Constitución que establece: “*la ley establecerá los mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria*”, además esta necesidad se encuentra sugerida en el Convenio 169 de la OIT e implícitamente en los preceptos constitucionales, que en el contexto de los pueblos y nacionalidades indígenas, propugnan el crear, desarrollar, aplicar y practicar el derecho propio.

El Convenio 169 de la OIT, señala que deben considerar los gobiernos oficiales al aplicar la legislación nacional sobre los indígenas y también sugiere compatibilizar los derechos propios de los pueblos indígenas con los de la legislación nacional, la cual debe respetar los mecanismos indígenas propios, y también indica la obligación de los jueces de observar las costumbres a la que pertenece el procesado antes de emitir un veredicto.

A continuación, se citará algunos artículos del Convenio 169 de la OIT.

Artículo 8.

“1. Al aplicar la legislación a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. *La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes”*

Artículo 9.

En la medida en que ello sea compatible con el derecho jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.

Por lo precedentemente expuesto, el Convenio 169 de la OIT, alude la compatibilización de las normas de derecho indígena con las del derecho oficial, además este documento establece un régimen penal especial para indígenas, que a continuación se citará:

Artículo 10

1. Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características sociales, económicas y culturales.

2. Deberá darse preferencia a tipos de sanciones distintos del encarcelamiento.

Según este artículo, se debe considerar elementos sociales, económicos y culturales, es decir, se debe interpretar de una manera global la situación, idiosincrasia, filosofía y cosmovisión del procesado, y por otra parte se los faculta para aplicar formas alternativas de sanción, como por ejemplo: labores duras del campo, ortigada, etc.

Como resultado de un extenso proceso de diálogo en talleres con representantes de los pueblos indígenas del Ecuador y a un intenso estudio, los investigadores de

la Universidad Andina Simón Bolívar: Julio César Trujillo, Agustín Grijalva y Ximena Endara, elaboraron una Propuesta de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador, como una respuesta ante la necesidad de la creación de una ley. Esta es una propuesta que se realizó tras escuchar testimonios de los indígenas de cómo resolvían los problemas, tomando en cuenta juicios culturales, valores afectados y los diferentes bienes jurídicos protegidos; ya que de este tema surgen diversas interrogantes: ¿Qué norma prevalece en el caso de que estén involucrados miembros de diferentes comunidades o del sistema jurídico oficial? y ¿Qué ocurre cuando se contraponen las normas constitucionales y las de derecho consuetudinario?.

A continuación se citarán algunos artículos de la mencionada propuesta de ley:

Art. 7 De la Jurisdicción y Competencia. La potestad pública de las autoridades indígenas para ejercer funciones de justicia reconoce la Constitución Política y la ejercerá de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, que no dejará de ser tal por las innovaciones que la colectividad incorpore constantemente de acuerdo con las nuevas necesidades y los cambios de los tiempos.

Estarán sujetos a las autoridades indígenas los litigios que, en cualquier materia, se suscitaren entre indígenas. Los litigios en los que sean parte indígenas y no indígenas estarán sujetos a los órganos de la Función Judicial o a la autoridad indígena, de acuerdo con las prescripciones de esta ley.

Los campesinos no indígenas podrán de mutuo acuerdo, someter sus litigios a las autoridades indígenas.

II De los Conflictos entre Colectividades Indígenas. Los conflictos entre colectividades indígenas serán resueltos por la suprema autoridad de la organización de grado inmediatamente superior a la que pertenezcan las colectividades partes del conflicto. De las resoluciones que dicte esta autoridad habrá los recursos que prevean sus propias normas.

Solo por petición de la autoridad competente en primera instancia y el visto bueno de las autoridades llamadas a conocer de los recursos para ante la autoridad superior, podrán ser conocidos estos conflictos por la autoridad estatal a la que se le solicite intervenir, de acuerdo con el Derecho Estatal en la materia sobre la que verse el litigio.

Lo dispuesto en el inciso anterior es aplicable a los conflictos entre facciones o familias de una misma colectividad.

Los conflictos entre colectividades indígenas que no pertenezcan a ninguna organización de grado superior serán sometidos al amigable componedor que designen de mutuo acuerdo, caso contrario cualquiera de ellas puede recurrir a la autoridad estatal que sea competente en razón de la materia del conflicto.

Art. 12. De los Conflictos entre indígenas de diferentes colectividades. Los conflictos entre indígenas de diferentes colectividades indígenas serán conocidos por lo que al respecto convengan las autoridades de las colectividades a las que pertenezcan los litigantes, quienes pueden remitir el caso a la autoridad indígena de la organización de grado superior a la que pertenezcan las colectividades involucradas o, con el visto bueno de ésta, a la estatal que sea competente por razón de la materia cuando el conflicto amenace alterar la paz entre sus colectividades.

Art.13. De los conflictos entre indígenas y no indígenas. Cuando en el conflicto una de las partes sea uno o más indígenas o una o más colectividades indígenas y de la otra sea uno o más no indígenas y una o más colectividades no indígenas se estará a lo siguiente:

- 1. Las infracciones cometidas por un no indígena en el territorio de una colectividad, pueblo o nacionalidad indígena serán juzgadas pro la autoridad indígena y el responsable será remitido por el representante de la respectiva colectividad al juez de la Función Judicial del Estado para que le imponga la sanción que corresponda según la ley a la infracción de que se le haya declarado culpable, excepto las indemnizaciones patrimoniales que serán fijadas por la autoridad indígena, para cuyo*

cobro los interesados podrán hacer uso de las medidas de apremio previstas en el derecho estatal y al efecto los alguaciles y depositarios cumplirán órdenes de la autoridad indígena.

El enjuiciado, sin embargo, podrá acogerse en todo al derecho consuetudinario y a la autoridad indígena, si así lo desea y deja constancia escrita, grabación magnetofónica o electrónica.

- 2. En los litigios que versen sobre actos o contratos en los que una de las partes sea uno o más indígena será competente la autoridad indígena y aplicará el derecho más favorable a la parte indígena, sea la ley estatal o el derecho consuetudinario. La forma de los actos contrato será la requerida por el derecho indígena.*

Art. 15. De los conflictos con no indígenas. Los conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas, fuera de la colectividad de aquellos, serán conocidos por tribunales mixtos de equidad integrados por dos miembros designados por la autoridad indígena y uno designado por la autoridad estatal competente. Este tribunal se guiará por la interpretación intercultural de los hechos y el derecho.

Art. 15. (alternativo al anterior). Los conflictos individuales de los indígenas con los no indígenas, fuera de la colectividad de aquellos, serán conocidos por la autoridad estatal competente, de conformidad con el derecho del Estado, con las siguientes modificaciones:

- 1. El indígena podrá defenderse en su idioma materno, si así prefiere, en todo caso, el juez o tribunal nombrará un traductor o interprete, a satisfacción del indígena, quién podrá pedir que intervenga la autoridad indígena de la colectividad a la que pertenezca, con el fin de que vigile el respeto al debido proceso.*

La autoridad indígena, encargada de vigilar el respeto de la garantía del debido proceso, podrá deducir la acción de amparo con el objeto de que se enmiende el proceso. Establecida la violación del debido proceso, el juez o tribunal responsable perderá la competencia sobre la causa y será condenado al pago de

los perjuicios que hubiera causado al indígena. La causa pasará a conocimiento del juez o tribunal que deba sustituirlo en conformidad con el derecho estatal.

2. En la sentencia, el juez o tribunal tendrá en cuenta las diferencias culturales y buscará conciliar estas diferencias con la cultura a la que responde el derecho estatal con la ayuda de juristas, antropólogos o sociólogos, cuyos honorarios serán de la parte a la que la sentencia sea desfavorable.

El órgano de la Función Judicial fijará la indemnización pecuniaria que proceda, para lo cual nombrará perito de reconocida competencia y probidad y remitirá al indígena a la autoridad de su colectividad, así ésta así solicita, para que le imponga la sanción que se acostumbre para la clase de falta de que se le hubiera condenado.

- 1. El indígena que por su cultura o costumbres cometa una falta que no sea tenida por tal en su Derecho consuetudinario, será eximido de responsabilidad, excepto de las indemnizaciones patrimoniales que serán fijadas en la forma prevista en el numeral anterior.*
- 2. El indígena puede someterse en todo al Derecho estatal, siempre que deje constancia de su decisión por escrito y, en este caso, el juez o tribunal puede aplicar penas alternativas a la de privación de libertad.*

En los centros de rehabilitación social del Estado, los indígenas tendrán derecho a los servicios religiosos y de salud tradicionales si así lo solicitaren.

De manera general, los artículos transcritos de la presente propuesta de ley, se refieren a los problemas que surgen de la aplicación del Derecho Indígena, distribuyendo las competencias para solventar los conflictos entre la autoridad indígena y la estatal, se establece mecanismos de colaboración entre las autoridades en mención.

CAPÍTULO III

DERECHO INDÍGENA Y EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Derecho Indígena, Derechos Fundamentales y Derechos Humanos.

“Los pueblos indígenas pueden considerar a los derechos humanos como la versión contemporánea del coloniaje, de la imposición y la opresión, así se desprende de sus propias opciones reivindicativas y por ello están obligados a insertarse en la dinámica estatal”. Efrén Paredes

Se denominan *“derechos humanos a aquellos consagrados en el Derecho Internacional, a diferencia de los Derechos Fundamentales los cuales se incluyen en el sistema constitucional interno.”*³⁰

Al hablar de derechos fundamentales, se hace referencia a los derechos superiores, establecidos en la Carta Política de un Estado, a diferencia de los derechos humanos que hacen alusión a estos mismos derechos pero en el orden de la reglamentación internacional, tal como las declaraciones y los tratados, y también hacen alusión a aquellos derechos que sirven de amparo para las exigencias jurídicas relacionadas con las necesidades de las colectividades que no han alcanzado un estatus jurídico positivo.

“Pese a que los derechos fundamentales y los derechos humanos comparten similares valores, los distinguen historias diversas, aunque relacionadas, mecanismos de protección y concreción relativamente diferenciados.

La justicia indígena, se relaciona con los derechos humanos por dos vías:

- 1. Los derechos colectivos como condiciones y como parte de los derechos humanos.*
- 2. El ejercicio de la Jurisdicción Indígena y su posible conflicto con los Derechos Humanos.”*³¹

³⁰ Trujillo Julio Cesar; GRIJALVA, Agustín; ENDARA Ximena *“Justicia Indígena en el Ecuador”*. Ecuador, 2001, pag 32

Los Derechos Colectivos como condiciones y como parte de los Derechos Humanos.

Los titulares de los derechos colectivos no considera a las personas como individuos separadamente, sino en grupos, reconocidos como comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y en nuestro país por disposición del Convenio 169 y de la Constitución los derechos de los pueblos indígenas son derechos colectivos.

Los derechos colectivos, entre otros de carácter supranacional y de la denominada tercera generación o derechos de los pueblos, que están reconocidos en la Constitución, integran los derechos humanos, y es así que los derechos colectivos, tales como el derecho a la autodeterminación, a la independencia económica y política, a la identidad nacional y cultural, a la paz, al medio ambiente sano, etc., concuerdan y son parte de los derechos humanos, ya que los derechos colectivos posibilitan el ejercicio de los derechos humanos individuales y de hecho es característica de los derechos colectivos *“el crear condiciones materiales necesarias para el efectivo ejercicio de derechos individuales en cuanto los grupos que son titulares de aquellos están integrados por individuos concretos”*.³²

El ejercicio de la Jurisdicción Indígena y su posible conflicto con los Derechos Humanos.

Conforme se ha avanzado en esta investigación, se evidencia una necesidad de afinación entre la cosmovisión indígena con las lógicas occidentales en el campo del derecho, ya que la moral, los intereses comunitarios, los valores jurídicos entre otros, son vividos y asimilados una manera diferente y por esta razón jerarquizar a los derechos humanos como una manifestación suprema del desarrollo humano, es desacertado, ya que el análisis y solución de una misma situación o problema, es diferente según la lógica jurídica con la que se razone. Para la lógica indígena, los derechos humanos universales, son un ideario insólito, pues su construcción

³¹ Trujillo Julio Cesar; GRIJALVA, Agustín; ENDARA Ximena *“Justicia Indígena en el Ecuador”*. Ecuador, 2001, pag. 32

³² Trujillo Julio Cesar; *“Justicia Indígena en el Ecuador”*. Ecuador. 2001, pag. 34, tomado de Ignacio Ara Pinilla, 1990, *“Las Transformaciones de los Derechos Humanos”*, España.

histórica es extraña, sin embargo a pesar de esta marcada lejanía y desconocimiento, los pueblos indígenas han sido incluidos en esta construcción extranjera.

*“El concepto jurídico de los derechos humanos tiene su origen en la tradición de Occidente y aparece asociado a la necesidad de defender al individuo ante los embates de un poder absoluto y centralizado y al interés de preservar la propiedad privada.”*³³

Según Gamboa, la comprensión, por parte de los indígenas, del concepto de los derechos humanos, tiene las siguientes oposiciones conceptuales:³⁴

- *“Los pueblos indígenas no conciben al individuo”*. Los indígenas conciben un mundo holista basado en prácticas comunitarias de apoyo mutuo, no piensan al individuo como un ser apartado, es decir si en su pensamiento no separan la naturaleza de los hombres y le atribuyen a las plantas y animales características sociales, incluso divinas, en este contexto de vida, ¿cómo el indígena podría enfrentar a la naturaleza?, *“...para el indígena no hay individuos sino personas, comunidades antes que sociedades, con lo que el concepto de derechos humanos les es extraño y de difícil comprensión...”*³⁵

- *“No comprenden cómo pueden violarse los derechos de las personas, sin vulnerar la integridad de la comunidad y viceversa”*. En concordancia con el punto señalado anteriormente, existe unidad entre persona y comunidad, la separación de éstas resulta ajena, irracional e inadmisibles, la relación de la persona y la comunidad es de carácter inseparable.

- *“La vida indígena está fuertemente ligada a la naturaleza, a su entorno material; comunidad y territorio son indivisibles, la acción humana debe*

³³ Paredes Roldán, Efrén, *“Notas sobre Justicia Formal y Justicia Indígena”*. Ecuador 2006, pag 158.

³⁴ Gamboa, texto tomado por Paredes Efrén en su obra: *“Notas sobre Justicia Formal y Justicia Indígena”*. Ecuador 2006, pag 157.

³⁵ Paredes Roldán Efrén, *“Notas sobre Justicia Formal y Justicia Indígena”*. Ecuador 2006, pag. 160

*guardar armonía con estas premisas, pero no desde fuera sino como parte de ella. En consecuencia, los derechos que se crean son para su efectiva aplicación, por lo tanto, no existe un derecho ajeno a la persona y la comunidad, peor una jerarquía entre sus normas”.*³⁶

De hecho esta relación entre la sociedad y la naturaleza se destaca entre los grupos indígenas que dependen de la naturaleza, como es el caso de la comunidad motivo de investigación, Nacionalidad Achuar, en la que el respeto al ecosistema es supremo, ya que el pueblo achuar no rivaliza con el medio ambiente amazónico y en efecto es la condición geográfica del oriente, la que ha motivado a este y otros grupos indígenas de la región a construir su cosmovisión en torno a geosímbolos como la cascada, venado, jaguar, tigre, entre otros elementos.

- Los animales, plantas o minerales, son concebidos como seres vivos equivalentes a los seres humanos, estos elementos de la naturaleza integran los pilares de su cosmovisión. Philippe Descola advierte que *“la costumbre de dividir entre lo cultural y lo natural no corresponde a ninguna expresión espontánea de la experiencia humana. Los pueblos llamados primitivos no individualizan, dentro del cosmos una eventual humanidad. Para muchos de esos pueblos todo tiene características humanas: animales, plantas, paisajes, piedras y astros reciben el título de la persona”*³⁷. En la comunidad motivo de investigación de esta monografía, entre otras comunidades indígenas amazónicas, los animales y las plantas tienen un rol muy importante en las ceremonias, además de ser medicina, alimentación y base de venenos indispensables para la caza, la pesca y la vida en general.

Estas anotaciones dejan a la luz que el hombre puede relacionarse con la naturaleza de un modo diferente al que estamos habituados, sin ojos de

³⁶ Paredes Roldán Efrén, *“Notas sobre Justicia Formal y Justicia Indígena”*. Ecuador 2006, pag. 160

³⁷ Descola Philippe. Artículo: *“Los hombres no son los reyes de la naturaleza”*, Ecuador, 2006
Disponible en: www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=833801

depredador, las comunidades amazónicas se piensan a sí mismo como integrantes de la naturaleza, sin el status de amos de ella, a diferencia de la concepción occidental cuyo pensamiento ha sido colonizado por la globalización, la religión y la política. Por otra parte es necesario anotar que en la comunidad objeto de estudio, la separación del hombre de la naturaleza se está dando por etapas, actualmente la caza y la pesca se están convirtiendo en actividades que aun no rebasan la productividad, aun se toma de la naturaleza lo necesario para vivir y sus productos todavía no se ha convertido en una mercancía.

Tras la exposición de estas oposiciones conceptuales, se deduce que los derechos humanos no deben ignorar la cosmovisión indígena, que ha sido excluida en la creación de unos derechos humanos “universales” supuestamente. A decir del Doctor Efrén Paredes, los pueblos indígenas pueden considerar a los derechos humanos “*como la versión contemporánea del coloniaje, de la imposición y la opresión, así se desprende de sus propias opciones reivindicativas y por ello están obligados a insertarse en la dinámica estatal*”.³⁸

Con los antecedentes mencionados, el tema de los derechos humanos en aspectos indígenas, se torna un tema tan polémico como indispensable por tratar en un país diverso como el nuestro. Definitivamente es un asunto que debe madurar, de lo contrario, con ceguera cultural, se terminaría por absorber a los pueblos indígenas hacia la cosmovisión mestiza, desconociendo la dignidad de la persona humana; así por ejemplo, el poder de las familias para disponer sobre el matrimonio de los hijos atentarían contra el derecho a la libertad de la persona, pese a que ésta sea una forma habitual de contraer matrimonio en un pueblo indígena, además de constituir una práctica garantizada en los derechos colectivos consagrados en la Constitución.

En derechos humanos existen dos corrientes de pensamiento:

1. “*Las concepciones universalistas: Plantean el carácter absoluto de los valores jurídicos y de las garantías generales de todos los derechos humanos, los cuales*

³⁸ Paredes Roldán Efrén, “*Notas sobre Justicia Formal y Justicia Indígena*”. Ecuador 2006, pag. 159

serían idénticamente aplicables y exigibles en cualquier contexto cultural. Generalmente estas concepciones se combinan con concepciones individualistas de los derechos humanos que sólo reconocen a la persona humana como titular de los mismos. Para el universalismo “la cultura carece de importancia para la validez de los derechos y las normas morales, cuya vigencia es universal.”³⁹

De este concepto se deduce que la pretendida universalidad de derechos humanos es solo aparente, no corresponde a la realidad ya que al invalidar las diferencias culturales, es excluyente de la diversidad. A todas luces, deja mucho que desear esta concepción, de la cual resultaría un sistema jurídico universal ineficaz que desconocería la importancia que reviste la diferencia entre los procesos históricos de los pueblos indígenas, de sus valores, y otros aspectos necesarios para la elaboración de un sistema jurídico universal, además carente de sentido por pertenecer a una estirpe jurídica ajena.

2. *“Las concepciones relativistas: “Donnelly distingue dos tipos de concepciones de relativismo cultural. Para el relativismo radical o en sentido estricto la cultura es la única fuente para validar un derecho o una norma moral. En contraste el relativismo moderado afirma que la cultura puede ser una entre varias fuentes para validar un derecho o una norma moral.”⁴⁰*

En palabras de Donnelly:

“... el relativismo cultural en sentido moderado reconocería un extenso conjunto de derechos humanos que a primera vista son universales, pero de tanto en tanto permitiría variaciones y excepciones locales estrictamente limitadas.”⁴¹

³⁹ Trujillo Julio Cesar; Grijalva Agustín; Endara Ximena “*Justicia Indígena en el Ecuador*”, Ecuador, 2001, pag 35.

⁴⁰ Trujillo Julio Cesar; Grijalva Agustín; Endara Ximena “*Justicia Indígena en el Ecuador*”, Ecuador, 2001, pag 35.

⁴¹ Donnelly Jack, “*Derechos Humanos Universales – en teoría y en la práctica*” México, p. 166, tomado por Trujillo Julio César, en la obra: “*Justicia Indígena en el Ecuador*”.

Nuestra Constitución no considera la interpretación universalista de los derechos fundamentales y los derechos humanos, ya que del reconocimiento de la interculturalidad y plurinacionalidad del Estado, se deduce que es imperioso considerar los derechos fundamentales según el contexto cultural, pues es imposible realizar un código moral, ético, de valores jurídicos universales de la humanidad, por esta razón de manera acertada nuestro régimen jurídico se acopla al relativismo moderado conceptualizado por Donnelly.

Jurisdicción Indígena. La Constitución Ecuatoriana y el Convenio 169 de la Organización Internacional de Trabajo.

Como anteriormente se ha advertido, uno de los temas más controvertidos en cuanto a la aplicación de la Justicia Indígena, es el tema de su jurisdicción, según nuestra Constitución, la aplicación del Derecho Indígena será para el ámbito territorial de la comunidad y sólo se lo puede limitar por condiciones que provengan de la misma y en particular si se vulneran los derechos de las mujeres, niñas, niños y adolescentes.

Cabe citar los siguientes artículos que indican que la jurisdicción indígena es territorial, ya que al respecto, consagra:

Art. 171 “Las autoridades de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas ejercerán funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres. Las autoridades aplicarán normas y procedimientos propios para la solución de sus conflictos internos, y que no sean contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos reconocidos en instrumentos internacionales.

El Estado garantizará que las decisiones de la jurisdicción indígena sean respetadas por las instituciones y autoridades públicas. Dichas decisiones estarán sujetas al control de constitucionalidad. La ley establecerá los

mecanismos de coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena y la jurisdicción ordinaria”.

Art. 57 No. 10 “Crear, desarrollar, aplicar y practicar su derecho propio o consuetudinario, que no podrá vulnerar derechos constitucionales, en particular de las mujeres, niñas, niños y adolescente.”

Con respecto a este último artículo citado, es necesario señalar que las limitaciones no deben anular los derechos colectivos, porque si fuera de esta manera, serían contrarios a la misma Constitución por desconocer la interculturalidad y la plurinacionalidad. En la Propuesta de Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas del Ecuador, se trata del Derecho Indígena y Derechos Humanos y a continuación se citará un artículo relacionado con el tema:

Artículo. 18. “Compatibilización de la Constitución con el Derecho Indígena. Siempre que se trate de establecer la compatibilidad o la incompatibilidad del derecho indígena con los derechos reconocidos y garantizados en la Constitución Política y en los instrumentos internacionales vigentes en el Ecuador se buscará dejar a salvo la dignidad de la persona y se procederá según la interpretación intercultural de los hechos y el derecho”.

En el Convenio 169 de la OIT, el derecho colectivo de jurisdicción propia está consagrado en los Arts. 8, 9, 10, 11 y 12, que se citarán a continuación:

Art. 8 Numeral 2. “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Art. 9. Numeral 1. “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”.

2. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

En materia indígena, en Ecuador están vigentes los instrumentos internacionales enunciados en este título, éstos consagran la aplicación de su justicia y además contemplan en todos los ámbitos la interculturalidad, ya que los pueblos indígenas demandan derechos fundamentales que requieren de una especial atención, motivo por el cual la Constitución ha incorporado en cierta forma los principios de los instrumentos de los cuales el Ecuador es signatario.

2.1 El Convenio 169 de la OIT. Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes

Este Convenio fue ratificado por el Ecuador y se encuentra publicado en el Registro Oficial No.311-1998, establece la obligación de los gobiernos de asegurar a los pueblos indígenas a gozar, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población.

El mencionado Convenio indica las medidas para la aplicación de la legislación nacional a los pueblos indígenas, lo cual conlleva tomar en cuenta las costumbres o su derecho consuetudinario, consagra además el derecho de los pueblos de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos.

El Convenio 169 de la OIT, se refiere también a la justicia penal, manifestando que los métodos utilizados para la represión delictiva deben ser respetados en tanto no sea incompatibles con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos. Respecto al tema punitivo indica que las sanciones deben ser preferentemente distintas al encarcelamiento. A continuación, se citará concretamente los artículos de este convenio respecto a la justicia indígena:

Artículo 8

1 “Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán

tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario.

2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio.

3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”

Artículo 9

1. “En la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados ocurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros.

2. Las autoridades y los tribunales llamados a pronunciarse sobre cuestiones penales deberán tener en cuenta las costumbres de dichos pueblos en la materia.”

Artículo 10

1. “Cuando se impongan sanciones penales previstas por la legislación general a miembros de dichos pueblos deberán tenerse en cuenta sus características económicas, sociales y culturales.

2. Deberá darse la preferencia a tipos de sanción distintos del encarcelamiento.”

De manera general, este convenio recoge derechos para los pueblos indígenas entre los cuales consagra el derecho a ser consultados de buena fe en lo que se relacione con las medidas estatales que puedan afectarlos. Se refiere también a la justicia nacional, la cual debe considerar el derecho consuetudinario.

Según este documento, los gobiernos deben reconocer la importancia de la tierra para las culturas indígenas, y además se refiere a la protección que debe dar a los recursos naturales. En relación a las tierras indígenas, también se manifiesta que los pueblos no deben ser trasladados, a menos que sea con su consentimiento, estableciendo paralelamente, el derecho a regresar a sus tierras o a recibir unas semejantes, o una indemnización. Alude el tema de la Educación Intercultural Bilingüe, la cual debe ser adoptada con el objetivo de que se garantice a los pueblos indígenas la educación en todos sus niveles, paralelamente debe reconocerse el derecho de los pueblos indígenas a crear sus propias instituciones y medios de educación. Concomitantemente con estos derechos, se establece que deben tomarse medidas que apunten a la preservación y desarrollo de las lenguas de los pueblos indígenas. Señala además, que los gobiernos deben adoptar las medidas que sean necesarias en favor los pueblos indígenas en cuestiones de derechos humanos, protección laboral, formación profesional, en el aspecto artesanal y otros relacionados con la seguridad social y la salud y cooperación a través de las fronteras, etc.

2.2 Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El 13 de septiembre del 2007 se adoptó la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas que trata sobre el respeto a sus derechos, a la libre determinación, reconoce los derechos individuales y colectivos, los relativos a la educación, la salud, y trata sobre la protección jurídica con respecto al apego de los pueblos indígenas a sus tierras, en cuanto a su posesión, utilización, etc.

En tema del Derecho Indígena, es abordado en esta declaración en los siguientes artículos:

Artículo 34 “Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, practicas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos”.

Artículo 40 “Los pueblos indígenas tienen derecho a procedimientos equitativos y justos para el arreglo de conflictos y controversias con los Estados u otras partes, y a una pronta decisión sobre esas controversias, así como a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos. En esas decisiones se tendrán debidamente en consideración las costumbres, las tradiciones, las normas y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados y las normas internacionales de derechos humanos.”

Por lo expuesto, esta declaración reconoce los sistemas jurídicos indígenas y de manera general consagra el derecho a conservar y reforzar las instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, indígenas manteniendo el derecho a participar en la vida política, económica, social y cultural del Estado; el derecho a la vida, integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona. Contempla el derecho de las comunidades indígenas a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos.

En lo referente a la autodeterminación, la declaración se refiere a ésta en los siguientes artículos:

Artículo 3 “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural.”

Artículo 4 “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho de libre determinación, tienen derecho a la autonomía o el autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de los medios para financiar sus funciones autónomas.”

Artículo 5 “ Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales,

manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.”

Artículo 18 “Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.”

Artículo 20

1. “Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus sistemas o instituciones políticos, económicos y sociales, a que se les asegure el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas tradicionales y de otro tipo.

2. Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa.”

Como se manifestó al inicio de esta investigación, las intenciones para con los pueblos indígenas consagradas en los instrumentos internacionales han sido cuestionadas, ya que por una parte se señala que la autodeterminación, por la cual los pueblos pueden determinar su estatus político y perseguir libremente su desarrollo económico, social y cultural, el derecho a mantener y fortalecer sus instituciones y el derecho de participar, si así escogen, dentro de la vida política, económica, social y cultural del Estado, contradice los patrones de imperio pero otro postura manifiesta que se la autodeterminación se trata de una declaración demagógica, que abre el camino a una desintegración nacional y que además protege a intereses capitalistas, que de manera disimulada, bajo la consigna de una supuesta protección a los pueblos indígenas, pretenden hacer de los espacios territoriales habitados por los pueblos indígenas, una empresa próspera de minas y petróleo. Este criterio sostiene que pretexto de la cooperación internacional, se pretende fortalecer a los pueblos indígenas con la “libre determinación” y así relegar al Estado en la participación de las decisiones respecto a la explotación minera y petrolera, con el objetivo de que la concesión de zonas de exploración y explotación de recursos sea otorgada únicamente por los pueblos indígenas, facilitándose de esta manera netamente objetivos empresariales.

3. El Deber Estatal de Cumplimiento de las Normas Internacionales.

Las normas de derecho internacional de las normativas citadas en el punto anterior, marcan directrices, bases jurídicas y lineamientos con la finalidad de otorgar a los pueblos indígenas elementos para que existan como comunidades diferenciadas.

Es obligación del Estado y de la comunidad internacional proteger a los pueblos indígenas y por eso parte de sus acciones deben orientarse en llevar al terreno de la praxis las normas que respondan a las reivindicaciones de los pueblos indígenas; según la comunidad internacional la acción del Estado debe dirigirse principalmente hacia llevar a la práctica el principio de la autodeterminación, la cual es aparentemente el logro cumbre del movimiento indígena.

De acuerdo al derecho internacional, el Estado debe respetar las normas de derechos indígenas recogidas en los instrumentos internacionales, de los que el estado es parte, por esta razón el Estado a través de sus instituciones competentes, debe tomar las medidas que sean necesarias para dar un contenido práctico a los derechos de los pueblos indígenas.

Siguiendo esta línea, sería necesario que las funciones del Estado, orienten sus acciones para dar respuesta a las peticiones de los pueblos indígenas. Por una parte, el ejecutivo al tener las atribuciones de discrecionalidad en materia de los recursos naturales así como en materia de instrumentos internacionales.

La función judicial al ser los administradores de justicia, tiene a su cargo la aplicación del derecho internacional y la interpretación de las normas constitucionales relativas a pueblos indígenas, ante lo cual los jueces deben ser intérpretes de la constitución, abiertos al diálogo intercultural; de hecho, el Código Orgánico de la Función Judicial se refiere a la interpretación cultural y a la autoridad indígena.

El Convenio 169 de la OIT al haber sido ratificado por el Ecuador es de carácter vinculante, en torno a este tema existe el criterio que otorga invariablemente un valor superior a las normas del Convenio 169 de la OIT sobre las leyes internas así se opongan a éstas, este criterio se respalda en la misma Constitución en el

inciso segundo del artículo que citaré a continuación, y que podría dar lugar a diferentes interpretaciones:

Art. 424. “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

Sin embargo según el orden jerárquico de aplicación de las normas, la Constitución es la ley suprema que prevalece sobre todas las normas y sumado a esto, no es aceptable una injerencia por parte de la comunidad internacional. A continuación se citarán los artículos con respecto a la supremacía de la constitución:

Art. 424.- “La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica.

La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.”

Art. 425. “El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente:

La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos.

En caso de conflicto entre normas de distinta jerarquía, la Corte Constitucional, las juezas y jueces, autoridades administrativas y servidoras y servidores públicos, lo resolverán mediante la aplicación de la norma jerárquica superior.

La jerarquía normativa considerará, en lo que corresponda, el principio de competencia, en especial la titularidad de las competencias exclusivas de los gobiernos autónomos descentralizados.”

Con respecto al carácter vinculante de la Declaración de las Naciones Unidas, existen dos criterios; una postura manifiesta que no puede ser considerada obligatoria para los Estados y otra señala que las declaraciones si son de carácter obligatorio tanto en el Derecho Internacional como en el Derecho Interno.

El primer criterio, acertadamente manifiesta que los Estados pueden oponerse a las declaraciones por no considerarlas formales, debido a que su contenido es una suma de intenciones y de tendencias, sin descartar que en algún momento podrían convertirse en algo formal, esta postura se fundamenta en que *“una declaración solo es un marco de principios, es decir es un documento que contiene buenos principios para los Estados en relación a la sociedad y los ciudadanos⁴²”*, consiguientemente las declaraciones, carecerían de contenido jurídico; esto sin desconocer que pese a no ser vinculantes, existe un compromiso moral de cumplirlas por parte de los Estados que se adhirieron.

Quienes sostienen que esta declaración es jurídicamente vinculante, se fundamentan en que *“por lo avanzado de su concepción y por el importante desarrollo que implica su texto, en cuanto protección a los derechos fundamentales, integra el denominado Derecho Internacional obligatorio (jus cogens) y por lo tanto, el Derecho Internacional General de los Derechos Humanos”⁴³.*

⁴²Maya Poqomchi , [Kajkoj Ba Tiul](#), “Revista Rebelión”, 29- 09-2005

Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=20641>

⁴³ Rohrmoser Valdeavellano Rodolfo, *Revista “Este País”*, artículo: Declaración de la ONU sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, Guatemala, 2007.

CAPÍTULO IV

FORMAS INDÍGENAS DE ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. CASO DE LA NACIONALIDAD ACHUAR, COMUNIDAD DE SAPAP EN TSA. MORONA SANTIAGO

1. ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA INDÍGENA EN LA NACIONALIDAD ACHUAR.

El “Gran Hombre” achuar es un guerrero de valor reconocido quien por su habilidad en manipular grandes redes de alianza es capaz de organizar la estrategia ofensiva o defensiva de un nexo. Tienen papel de dirigente solamente en períodos de conflicto y únicamente para asuntos militares; la fidelidad que se le brinda es personal, transitoria y sin codificación institucional. Además este jefe de guerra, no tiene ningún privilegio económico o social particular, aun si su fama generalmente le permite capitalizar un prestigio que le convierte en un socio solicitado dentro de las redes de intercambio de los bienes materiales. El gran hombre es concebido como el que encarna temporalmente la unidad de un nexo, por eso se designa a veces el territorio que el representa por su mismo nombre.”⁴⁴



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.

⁴⁴ Descola Philippe, “La Selva Culta”, Ecuador, 2006.pag. 26.



...hasta ese momento, imaginaba que navegar, sería lo mejor del viaje, el agua se veía inmóvil, apenas unas tenues ondas, parecía pasiva, contraria a las pirañas, boas y caimanes que viven allí, es más cuando metí por unos segundos mi mano en el río, enseguida me advirtieron: “¡aquí baña boa! ...”⁴⁵



...empezó entonces la ruta de navegación por los ríos Morona, Kangaimé y Makuma, afluentes del Río Amazonas, parejas de guacamayas, grupos de tucanes y otros pajaritos volaban por allí. En la canoa, cuando ya salió el sol el paisaje ya era absolutamente verde, se sentía calor y humedad, mirando como los delfines de agua dulce chapoteaban y muchísimas tortugas que al escuchar la canoa a motor se sumergían en el agua...⁴⁶

⁴⁵ León Calle Stephanie, *Diario El Mercurio*, Reportaje: *La Selva de Sapap Entsa que da vida*, Cuenca, 2008.

⁴⁶ León Calle Stephanie, *Diario El Mercurio*, Reportaje: *La Selva de Sapap Entsa que da vida*, Cuenca, 2008.



...con mis pocas frases aprendidas en achuar, todos se reían mucho y quienes en un inicio huían del lente de mi cámara, luego se atropellaban para ser fotografiados, diciéndome: sácame foto...⁴⁷



...apenas unos treinta minutos separan Sapap Entsa de Macas, sobrevolando se veían las chozas como una maqueta y el río Makuma en forma de una serpiente, parecía deslizarse sobre un inmenso manto verde...⁴⁸

⁴⁷ León Calle Stephanie, *Diario El Mercurio*, Reportaje: *La Selva de Sapap Entsa que da vida*, Cuenca, 2008.

Al desarrollar de este capítulo, se presentará la forma ancestral de administrar justicia en Nacionalidad Achuar, palabra que resulta de la conjunción de las palabras shuar y achu que significa persona y palmera aguaje del pantano, respectivamente; por lo que contrayéndolas se combinan en achuar, "*gente de la palmera aguaje*".



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.

Esta investigación resulta de la aproximación que se realizó en la Comunidad de Sapap Entsa, Cantón Taisha, Provincia de Morona Santiago, mediante la observación y las definiciones obtenidas de los testimonios de personajes propios de este pueblo que existe relativamente inalterado, pero que se encuentra en peligro de desaparecer por los intereses empresariales, militares y gubernamentales que podrían terminar por socavar sus tradiciones.

Este estudio recoge la forma de regulación social y su derecho jurídico ancestral que regula y guía el accionar de la comunidad.

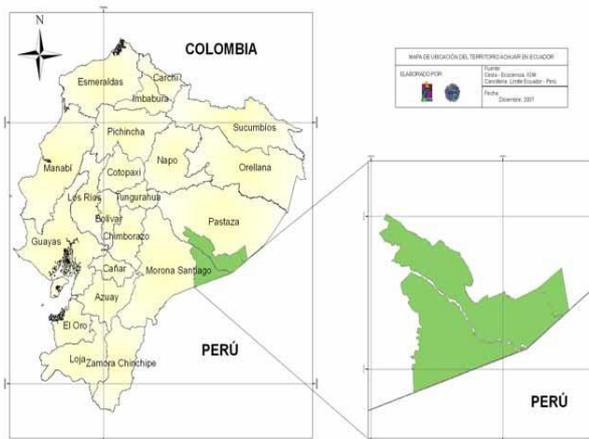
⁴⁸ León Calle Stephanie, *Diario El Mercurio, Reportaje: La Selva de Sapap Entsa que da vida*, Cuenca, 2008.

1.1 Generalidades.

La Nacionalidad Achuar se encuentra presente binacionalmente ya que se encuentra esparcida en la selva oriental del sur de Ecuador y del norte de Perú, por lo cual su territorio está en ambos lados separados por la frontera que resulta totalmente filtrable entre los achuar de ambos lados.

En nuestro país, la Nacionalidad Achuar, se encuentra en las Provincias de Pastaza y Morona Santiago, en ésta última, se realizó la presente investigación, en la Comunidad de Sapap Entsa del cantón Taisha, ubicada en la región del plano amazónico, Trans - Cutucú.

La Nacionalidad Achuar posee un título global de su territorio, la propiedad es colectiva, e internamente en cada comunidad, cada familia posee un terreno, el cual es asignado conforme la amplitud de la familia.



*Ubicación del territorio Achuar en Ecuador.*⁴⁹

⁴⁹ Disponible en Internet :

En este tratado se transcribirán artículos que definen a la Nacionalidad Achuar del Ecuador, NAE, según su estatuto.

“Art. 6 Son miembros de la Nacionalidad Achuar:

- *Todos aquellos ciudadanos y ciudadanas nacidos (-as) en las comunidades de base de la Nacionalidad Achuar.*
- *Todos aquellos ciudadanos y ciudadanas descendientes de padre y madre Achuar o descendientes de padre o madre Achuar y quienes habiten en el territorio y manifiesten su deseo de pertenecer a la Nacionalidad Achuar.”⁵⁰*

Amerita también, reproducir los artículos de este mismo estatuto, en los cuales la Nacionalidad Achuar Ecuatoriana se describe.

Art. 1 “La nacionalidad tiene sistemas ancestrales de organización social, económica, cultural, política y legal, que le han permitido sobrevivir y redistribuirse sus productos de manera autosuficiente.

Estos sistemas organizativos y de vida se han desarrollado de generación en generación desde nuestros ancestros, los mismos que han habitado en estos territorios durante siglos.

⁵⁰ Estatuto de la Nacionalidad Achuar Ecuatoriana.
Disponibile en : <http://www.nacionalidadachuarecuador.org/archivos/espanol/estatuto.html>

Nuestra organización política-administrativa es la única y exclusivamente representante de nuestra Nacionalidad y la hemos llamado, NACIONALIDAD ACHUAR DE ECUADOR “NAE”, tendrá su sede en la ciudad de Puyo y su subsede en Shuin Mamus, coordinación nacional en Quito y representación en la ciudad de Macas”.

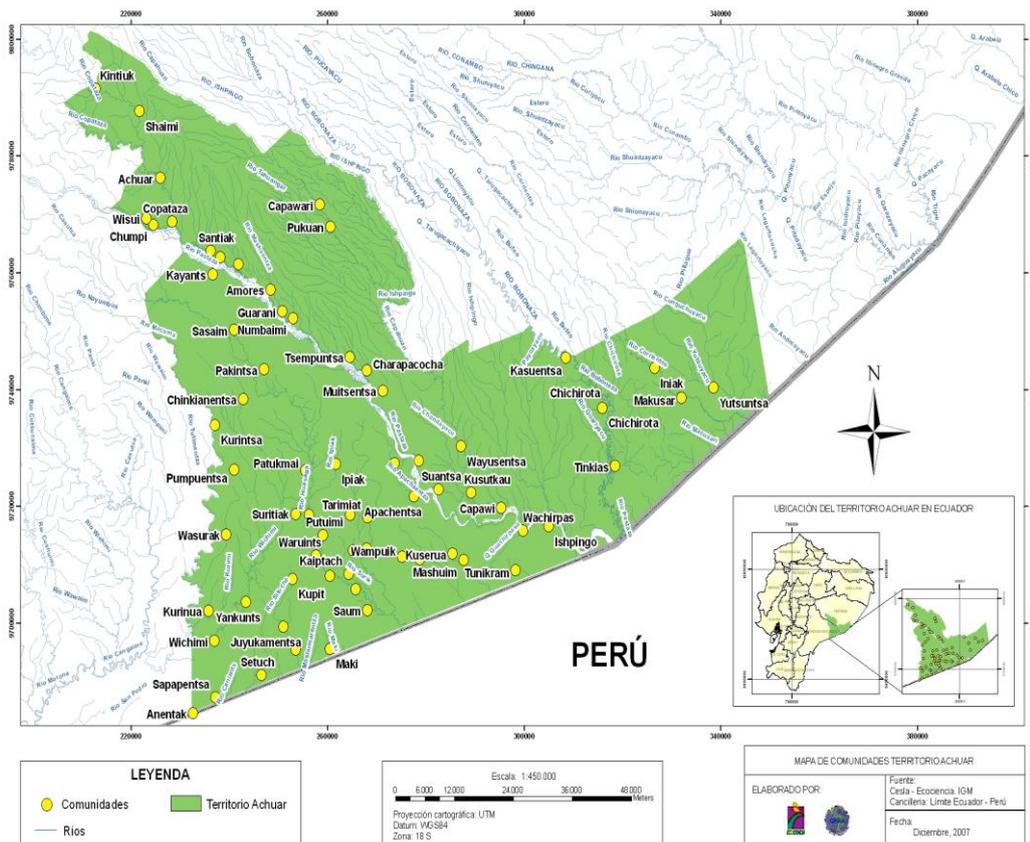
Art. 2. “De los Habitantes.- La Nacionalidad Achuar está conformada por todos los ciudadanos y ciudadanas que descienden de familias Achuar.

Del Territorio.- El territorio de la Nacionalidad Achuar comprende el espacio ancestral que perteneció y pertenece a la Nacionalidad y todos aquellos espacios territoriales que fueron o serán titulados a la Nacionalidad Achuar y que limitan con los siguientes linderos y coordenadas: al norte con parroquia Montalvo y Nacionalidad Shiwiar; al Sur con Perú; al Este con Nacionalidad Shiwiar y Perú, al Oeste con la Nacionalidad Shuar, Colonos y Kichwas.”

Comunidades de la Nacionalidad Achuar:

“Provincia de Pastaza: Achuar, Charapacocha, Chichirat, Chumpí, Guarany, Iniak, Iwia, Kapawari, Kapawi, Kasuaentsa, Kintiuk, Kuankua, Kupatas, Kusutkau, Makusar, Mashiant, Muitsentsa, Numpaim, Pukuank, Santiak, Shaím, Sharamentsa, Suwa, Tiinkias, Tsempunts, Wayusentsa, Wisui y Yutsuntsa.

Provincia de Morona Santiago: Anentak, Chinkian, Ipiak, Ishpink, Juyukam, Kauptach, Kayantsa, Kuchintsa, Kukaj-entsa, Kupit, Kurintsa, Kurinua, Kuserua, Maki, Mashuim, Mashumar, Muruntsa, Pakintsa, Patukmai, Pumpuentsa, Sasaim, Saum, Sawastian, Setuch, Shuinmamus, Surik-nuevo, Suritiak, Tarimiat, Tsunkintsa, Tunikram, Wachirpas, Wampuik, Waruints, Wasakentsa, Wasurak, Wichim, Yankunts”⁵¹ y Sapap Entsa.



Territorio Achuar y algunas de sus comunidades.⁵²

⁵¹ Estatuto de la Nacionalidad Achuar Ecuatoriana.
 Disponible en : <http://www.nacionalidadachuarecuador.org/archivos/espanol/estatuto.html>

⁵² Estatuto de la Nacionalidad Achuar Ecuatoriana.
 Disponible en : <http://www.nacionalidadachuarecuador.org/archivos/espanol/estatuto.html>

Idioma: “Los achuar son uno de los cuatro grupos dialectales que constituyen la familia lingüística jíbaro (los Achuar, los Shuar, los Aguaruna, y los Huambisa).”⁵³

Su idioma es el achuar chicham, y la mayoría de varones hablan parcialmente castellano, esto por las actividades laborales o políticas que realizan en la ciudad. La comunidad de Sapap Entsa se encuentra en transformación y en pocos grados se percibe la incidencia de occidente, ya que su ubicación en medio de una espesa selva que la ha protegido y su herencia guerrera, han permitido subsistir a esta cultura.



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.

La pertenencia étnica achuar se evidencia en el físico de sus habitantes, son característicos los pómulos salientes, el cabello lacio de color negro, y muy llamativo los cortes de los varones que son en varios niveles con flecos.

⁵³ Descola Philippe, “*La Selva Culta*”, Ecuador, 2006.pag. 23.



...Tras cinco horas de caminata llegamos a una choza, dividida en dos partes, la entrada, en la que reciben a los invitados, y en la otra parte estaban los niños, jóvenes y mujeres, cocinando, allí nos invitaron a refrescarnos con chicha masticada de yuca....⁵⁴



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.

⁵⁴ León Calle Stephanie, Diario El Mercurio, Reportaje: “La Selva de Sapap Entsa que da vida”, Cuenca, 2008.

Sus viviendas ancestrales son realizadas con materiales de la misma selva, guadúa, chonta y el techo es de paja, las chozas tienen dos entradas, cada una para los dos ambientes que ésta tiene, el área social y otro para la familiar, se consume agua entubada y del río, el cual en poco tiempo no podrá cubrir la demanda de agua porque es pequeño, tienen un plantel educativo unidocente que pertenece a la Dirección de Educación Intercultural Bilingüe de Morona Santiago, con un profesor shuar, una botica con escasos medicamentos, y una radio transmisora desde que se instaló allí un campamento militar. La Nacionalidad Achuar Ecuatoriana, NAE, cuenta con el servicio de las avionetas de su propia empresa y la de los misioneros, sin embargo no existe una buena comunicación con la base de Macas, que tiene la función de servir a las comunidades en casos de emergencia. En relación con este servicio, amerita señalar que a la par de la dotación de radios, se construyeron pistas de aterrizaje, hechos que provocaron la acentuación del contacto con los mestizos y además dio luz verde a los proyectos de extracción de recursos no renovables.

Organización sociopolítica.

Los centros o comunidades son agrupamientos de familias, las cuales a su vez conforman las asociaciones.

Las asociaciones vendrían a ser un agrupamiento de centros o comunidades que se encuentran en la Provincia de Morona Santiago son: *Pumpuentsa*, *Sapap Entsa*, *Tsunkintsa*, *Wampuik* y *Wichim*.

Sapap Entsa, es un centro achuar con personería jurídica, afiliada a la Asociación Sapap Entsa, filial de la organización “Nacionalidad Achuar del Ecuador, NAE”.

La sede de la NAE está ubicada en la capital de la provincia de Pastaza, Puyo, esta ubicación estratégica les permite a los dirigentes de la NAE tener contacto con los gobiernos intermedios de las dos provincias en las cuales se encuentra esta nacionalidad, con el Gobierno de la República de Ecuador, con las fundaciones y ONG que trabajan con ellos.

Los dirigentes de la NAE también mantienen contacto con las organizaciones de otros pueblos indígenas, con el fin de tomar decisiones en conjunto. Los temas que se tratan con estas organizaciones, se refieren principalmente a temas territoriales.

De hecho existe un comité interfederacional conformado por la NAE, la FICSH (Federación Interprovincial de Centros Shuar) y la FIPSE (Federación Independiente de Pueblos Shuar de Ecuador), la referida representación es otorgada en asamblea con el objetivo de que los asuntos concernientes a los territorios ancestrales y a la explotación de los recursos naturales, sean tratados de la manera más conveniente para las comunidades.

Historia.

Existen datos de un pueblo que formaba parte de la familia lingüística de los jíbaro a la cual pertenecen los achuar, y se remontan incluso hacia antes de la segunda mitad del siglo XVI, que es la fecha a partir de la cual se registró a los

jíbaro. El pueblo achuar y el shuar tienen un origen común, estuvieron dispersos en la región amazónica, pero son etnias diferentes, incluso enemigas entre sí, fueron grupos guerreros distintos aunque hay historiadores que no los han diferenciado.

En este mismo siglo, fueron establecidas algunas colonias que posteriormente fueron destruidas o se retiraron voluntariamente debido a las contiendas con este pueblo guerrero, luego, durante el siguiente siglo continuaron los intentos de realizar actividades militares y misioneras, las cuales permanecían cortos períodos de tiempo pero más tarde fracasaban; hasta que en el S. XX pese a la hostilidad y a la belicidad de los achuar se establecieron asentamientos colonos.

Definitivamente, las etnias amazónicas son guerreras de sepa, y a decir de Fernando García, antropólogo y autor de investigaciones de las Nacionalidades Indígenas del Ecuador, el hecho de que en su vocabulario no exista la palabra paz es un indicativo que corrobora con la caracterización de guerreros.

La penetración de occidente en el pueblo achuar ha sido de menor grado que en las comunidades andinas, por una parte por el aislamiento geográfico que ha dificultado el acceso y por otro, como ya se manifestó anteriormente, debido a su resistencia y belicosidad. Los achuar mantienen su estilo de vida y sus costumbres ancestrales pese al trabajo de los misioneros, que en su intento de extirpar costumbres como la poligamia, el chamanismo y la guerra, han orientado más bien a estos pueblos amazónicos hacia una deculturación.

El pueblo achuar ha enfrentado problemas ambientales surgidos con el boom del caucho, además a esto se suma la incidencia en la cultura provocada por las

actividades mercantiles basadas en un intercambio facultativo pero desigual, dinamismos que tras una ilusoria prosperidad económica para los achuar han incidido en la depredación de recursos forestales, de pesca y caza.

Sumado a estos hechos, la actividad petrolera ha contaminado el ambiente y ha ocasionado la introducción de enfermedades epidémicas en la población, además de que se ha evidenciado un deterioro de los recursos naturales y afectación de la salud por el plomo. Hay que mencionar además, que la posibilidad de acceder a servicios del gobierno, a la titulación de tierras, al registro civil, entre otros, provocó masivos asentamientos produciéndose un aumento de la población Achuar, lo que ha generado un incremento de la cacería la cual se está volviendo cada vez más escasa.

Por lo enunciado los achuar no son un grupo intocado ya que se ha establecido contacto con misioneros quienes los “pacificaron”, con militares que han establecido campamentos, y con comerciantes que aprovechan el río para transportar sus mercancías, sumado a esto, tenemos la incidencia de la construcción de pistas de aterrizaje, lo cual originó un circuito monetario que contrasta con la visión original de desarrollo del achuar y que actualmente amenaza a su identidad comunitaria.



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.

Por influencia de la gestión misionera en los achuar a inicios del siglo XX, éstos cambiaron el patrón de asentamiento esparcido a uno comunitario, en las mencionadas aldeas agrupadas sedentarias, alrededor de pistas de aterrizaje, que fue precisamente lo que provocó la transformación en la forma de ocupación territorial que los caracterizaba, ya que primariamente se daba un traslado periódico de 10 a 15 años, de acuerdo a los datos proporcionados por los nativos de la Comunidad de Sapap Entsa; a partir del año 1975 los shuar incorporaron a los achuar a su federación por lo que enviaron profesores shuar para alfabetizarlos, es decir los shuar de enemigos hereditarios de disputas interétnicas de antaño, pasaron a ser profesores de los achuar.

Economía.

Su economía es de subsistencia, se basa en la horticultura, tienen una producción agrícola diversificada y el manejo de estas huertas, “chacras”, al igual que el cuidado de los niños son responsabilidades de la mujer. En sus huertas tienen

plátano, papa china, achiote, plantas medicinales tales como la uña de gato, sangre de drago, árboles frutales y la yuca que es de gran importancia en este pueblo, con ésta se elabora la chicha, bebida fermentada, que es parte de la vida social, además de ser comida y bebida para los achuar.

Las actividades, tales como fabricación de canoas, de las chozas y de las pistas de aterrizaje aérea son tareas que se realizan comunitariamente y son principalmente actividades masculinas. Se practica la caza de guanta, pavas de monte, caimán, tortuga charapa, tucanes, tapir, sajino, mono chorongó y coto, caimanes, etc; la pesca, la cual se realiza con anzuelo o con barbasco, cantando coplas sagradas. Según los oriundos, tienen indicadores de los diferentes tiempos de la naturaleza para anticipar ciertas temporadas y así pueden pronosticar las diferentes épocas a las cuales denominan: tiempo de los relámpagos, de la lluvia, de la chonta, de los huevos de charapa, de las ranas, etc.



*Pinín utilizado por el pueblo achuar para beber
la chicha masticada de yuca.*



Tunduli, bombo de madera, que sirve

para anunciar la guerra.

Se desarrollan también otras actividades como la cestería y alfarería, pero vale mencionar que su producción está destinada primordialmente el sustento y para el incipiente comercio de los productos de su comunidad. Participan en un programa de comercialización de artesanías, aunque éste es mínimo, por un lado porque las ideas mercantiles aun no han calado hondo en la forma de vida de los achuar, así como por la dificultad de transportar sus mercaderías para la venta.

Pese a la lejanía de la Comunidad de Sapap Entsa, el comercio rentable para los mestizos ha sido un hecho, ya que existe un intercambio voluntario pero desigual con los achuar, quienes actualmente entregan pieles, carne, pescado, barbasco, animales de corral y principalmente madera, a cambio de obtener, a manera de trueque, hachas, machetes, cuchillos, sal, pilas, ropa, fosforeras, cartuchos y escopetas, etc; acontecimiento que ha suscitado una relativa disparidad entre la comunidad, porque hay familias que han sumado a sus actividades de subsistencia, otras mercantiles artesanales y ganaderas. Otras actividades

económicas que han surgido en el territorio achuar, son la maderera y la petrolera que han traído consigo contaminación, enfermedades y muertes, las cuales inicialmente se atribuyeron a la chamanería, lo cual provocó trifulcas y conflictos entre las comunidades.

1.2 Rasgos Culturales.

A pesar de que la selva en la que se encuentra la Comunidad de Sapap Entsa aun se ha mantenido relativamente inexplorada, el pensamiento ha sido socializado en cierto grado, sin embargo perdura su identidad bien cimentada y su tendencia de vida aun no es utilitarista ya que son relativamente extraños al circuito monetario, sin embargo a todas luces es perceptible la influencia de las instituciones estatales y religiosas que de manera general han conducido a los amazónicos de una manera tutelar e integracionista.

Los achuar conservan rasgos destacados de forma de vida ancestral, además de las actividades de subsistencia y otras ancestrales, de organización social, dogmas supersticiosos, narraciones mitológicas, la espiritualidad en torno a la ayahuasca, interpretación de los sueños, el protocolo en las reuniones, el conocimiento meticuloso de botánica, música tradicional, fabricación de adornos y alfarería que tiene una significación esotérica, la bebida permanente de la chicha de yuca y la guayusa, la decoración de la cara con achiote, sólidos principios de honradez, valentía y solidaridad que los caracterizan.

La Espiritualidad.

Su espiritualidad gira en torno a la ayahuasca que junto con el zumo del tabaco, son tomados para tener “visiones” que les permiten anticiparse a ciertos

acontecimientos y a comprender la naturaleza del mundo y del sentido de la vida, a decir del informante César Kasap, *“con las visiones que nos brinda la ayahuasca prevenimos futuros problemas, los de la comunidad y los personales, obtenemos explicaciones de la nuestra vida, nos orientamos, y luego de esto nos queda un estado de plenitud y bienestar”*. Según el mismo informante las energías más importantes e invocadas son las que tienen que ver con la selva, los animales y el agua. “Arutam” es la energía suprema, protectora de la selva y puede manifestarse en el cuerpo de un tigre, de las boas, del viento o de la lluvia, Amasánk, que es la protectora de los animales de la selva, Tsunki, que tiene relación con el agua.

Rito. En la comunidad de Sapap Entsa se inicia la faena bebiendo agua de guayusa aproximadamente a las tres de la mañana, con el objetivo de eliminar las impurezas del espíritu y del cuerpo, en definitiva es un depurador, ya que por las grandes cantidades de guayusa que beben les produce vómito que los limpia de parásitos.

Relaciones de Familia.

Los achuar quienes actualmente, mantienen la práctica de la poligamia y del levirato, que consiste en que ante el fallecimiento de un padre que deja en viudez y orfandad a su familia, corresponde a su hermano tomar como esposa a la viuda y amparar a los hijos, esto lejos de ser una incongruencia es una expresión de solidaridad.



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.

Las nuevas parejas de matrimonio, deben vivir alrededor de seis meses en casa de los padres de la esposa, así el yerno ayuda a sus suegros, transcurrido este tiempo la pareja se muda a vivir de manera independiente y según César Kazan, quien es casado con dos mujeres, manifiesta que *“la poligamia es una práctica que tiene lugar, para los hombres valientes y con capacidad para mantener a sus mujeres, a quienes debe prestarles su atención de forma equitativa, en el aspecto material y afectivo, debido a que ésta práctica generalmente provoca malestar a la primera mujer”*.

A decir de Violeta Chunchu, maestra de artesanías en la Comunidad de Sapap Entsa, *“la poligamia funcionaba intachablemente cuando las nuevas esposas eran hermanas de la primera mujer”*, sin embargo esto ha cambiado y los hombres se casan con mujeres de diferentes familias.

Cabe mencionar que actualmente están llegando vientos de promoción de los derechos de género, lo cual llevará en algún momento hacia el exterminio de esta práctica.

Otra idea que ha surgido como producto del contacto con el exterior gira en torno a una flexibilización en la pena por infidelidad, que es la muerte. Para remplazarla por la expulsión de la comunidad a los adúlteros. Esto contrasta con presión social tradicional, en este aspecto, ya que en la construcción social achuar, está presente la idea de que si el esposo no castiga a los adúlteros, queda burlado y desprestigiado. Cabe mencionar también que el hecho de que se encuentre en vigor la amenaza de muerte, resulta positivo, pues constituye un freno para el adulterio.

Chamanería y Medicina.

Frente a una enfermedad, en primer lugar a más de los ritos curativos de chamanes, quienes son hombres espirituales que entablan contacto con la naturaleza, las mujeres achuar aplican su amplio conocimiento en plantas medicinales. Los chamanes toman la bebida sagrada, ayahuasca, con la finalidad de obtener durante el trance, visiones que revelarán las causas posibles de la enfermedad para así posibilitar una sanación del enfermo. La chamanería es una práctica cuyo simbolismo requeriría de una exploración muy profunda.



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.

Con respecto a los conflictos que han surgido a raíz de la chamanería, los entrevistados narran sobre guerras que fueron libradas por esta práctica. Cuando la chamanería ha sido efectuada de manera dolosa para causar daño y matar a personas, se han desencadenado una serie de muertes por venganza; situación que refleja valores tradicionales intensamente enraizados y representa un mecanismo de ajuste entre indígenas amazónicos ya que de acuerdo a la construcción social achuar, una muerte solo queda enmendada por otra, por esta razón las personas que han cometido este delito, han huido muy lejos y no han regresado. Cabe mencionar que actualmente se evidencia un cambio en el pensamiento en torno a este tema, según el informante Cesar Kasap, *“ahora se piensa en que se puede enmendar estas muertes con trabajos comunitarios, disculpas públicas, castigos corporales y con la expulsión de la comunidad, lo cual es igual o es peor que la misma muerte”*.

Incesto.

Al indagar, sobre el tema del incesto, se percibió que lo asimilan como una especie de pecado o culpa, más que como una prohibición, Violeta Chunchu, manifiesta que *“ante un caso de incesto en el interior de la comunidad se pediría la expulsión de quienes lo hayan cometido y acota que estos casos no se han conocido en la comunidad de Sapap Entsa.”*

1.3 Características de la Administración de Justicia.

Toda la organización de los achuar, actualmente se encuentra transformando, sus ejes estructurantes se conservan pero permanentemente están renovándose, y lamentablemente sin un proceso lógico de adaptación. Actualmente, se evidencia una mezcla de las normas indígenas puras con las foráneas, las cuales con el pasar del tiempo se han incorporado a su cultura, cabe mencionar también que existe un estatuto de la Nacionalidad Achuar de Ecuador, NAE, que *“es una entidad autosuficiente y sin fines de lucro, fundada para fortalecer la identidad, el idioma, las costumbres, la cosmovisión y las leyes propias de los indígenas de la etnia Achuar en Ecuador”*.⁵⁵

Las normas ancestrales son legitimadas por la comunidad ya que son los hábitos jurídicos de antaño y sobre estas normas vale destacar las de particular significación como la muerte por venganza, chamanería y adulterio. Estas normas evidencian construcciones sociales muy arraigadas a los achuar que corresponden a la cosmovisión amazónica.

⁵⁵ Nacionalidad Achuar Ecuatoriana, NAE.

Disponible en : http://www.nacionalidadachuarecuador.org/archivos/espanol/quienes_somos.html

De la observación realizada sobre las autoridades en la Comunidad de Sapap Entsa, amerita resaltar que éstas son percibidas horizontalmente, por lo que se las considera accesibles, tratables, y por lo mismo son aún más respetadas, legitimadas y valoradas.

La competencia de cada autoridad no es establecida con precisión, y por lo general está condicionada por la edad del infractor o el tipo de infracción cometido, por esta razón el agraviado es quien somete su caso a una de las autoridades existentes en la comunidad.

Conforme las entrevistas realizadas, se deduce que, de manera general, las reglas que se aplican a los conflictos de la comunidad surgen de la costumbre, otras son un híbrido de lo ancestral con sistema oficial y una tercera categoría, que procede de la dinámica creadora de las normas en los procesos democráticos de las asambleas comunitarias. En estas asambleas son tratados además los temas que incomodan y que agobian a la colectividad. Existe una destacada resolución tomada por la Asamblea del Comité Interfederacional Shuar Achuar, la cual prohíbe cualquier relación con las personas de las compañías mineras a menos que lo hagan con el consentimiento previo de la asamblea, esto es una medida preventiva para que los líderes o cualquier integrante de la comunidad no sea seducido por las ofertas de las petroleras, y de hecho en la comunidad de Sapap Entsa, castigaron con ortiga a quien violó esta norma. Otro mandato importante consta en una resolución de la Asamblea de la FINAE en el año 2002, con respecto a la poligamia, en la cual se estableció como norma que *“quien se case con más de una mujer tiene la obligación de atender a todas por igual”*.

En el imaginario achuar no se distingue con precisión el orden jurídico de los demás sistemas de control ya que existe un fuerte vínculo entre lo milagroso y la justicia y es así que las normas de control social se encuentran estrechamente afines con los mitos, interpretación de las visiones y los valores propios, definitivamente cada grupo humano tiene su manera de dividir lo correcto y lo incorrecto, en los discursos, en los consejos y en los comportamientos; y de hecho es tarea del mencionado “antropólogo jurídico”, dar una apreciación de esta división que estable un orden a lo que el pensamiento occidental categoriza como jurídico.

Para el achuar, la cura espiritual es la esencia de la aplicación de justicia que además suele acompañarse de una reparación material, sin embargo, pese a que las sanciones que se imponen pueden ser castigos corporales con ortiga, de trabajo comunitario o de carácter indemnizatorio, lo que prima en la aplicación de justicia es que el individuo reflexione y que no vuelva a infringir las normas.

Se evidencia una estrecha relación entre lo religioso y lo simbólico y la resolución de los conflictos y de hecho los ritos forman parte del proceso judicial.

Por otra parte, cabe manifestar que los juzgamientos que rigen esta comunidad no se encuentran en documentos ya que no se elaboran actas de éstos, sin embargo existe el estatuto de la NAE y las resoluciones que han surgido de los procesos de las asambleas y de las federaciones.

Aunque en esta comunidad, a diferencia de la región de la Sierra, no se elaboren actas ni documentos, si cabe mostrar que existen similitudes de los sistemas en lo referente al debido proceso, ya que los juzgamientos inician con una denuncia

verbal, y es así que inicia una pesquisa, utilizando distintos medios como testimonios, careos, pruebas, rememoración de mitos para identificar al infractor, quien también es atendido y escuchado en este proceso, para posteriormente determinar una sanción.

Amerita indicar que las personas de la Comunidad de Sapap Entsa, han acudido muy escasamente a la justicia estatal, y no se conoce de ningún achuar que tenga juicios pendientes, menos aun que estén en la cárcel, lo cual obedece a distintas causas, como la distancia lo cual descarta a la justicia ordinaria como una opción, el idioma, pero sobre todo porque se sienten identificados y consideran más confiable a su sistema de administración de justicia que al oficial, del cual tienen una apreciación negativa.

Autoridades Indígenas que administran justicia.



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.



Original, Archivo fotográfico de Stephanie León C.

Actualmente, en la conciencia de los achuar, se encuentran presentes las autoridades formales, quienes además son consideradas, en parte por el temor que causa en ellos el encarcelamiento, que para ellos resulta ser una pena extremadamente denigrante; y además porque ya se han familiarizado con estas autoridades, principalmente por asuntos territoriales y por los conflictos que se encuentran ventilando en el sistema jurídico formal con las petroleras, y que se han convertido en el coro de demandas indígenas, por su resistencia a la concesión de espacios para la explotación de recursos naturales. Los grupos indígenas amazónicos se han colocado en esta oposición con legítima razón por la destrucción que se causa a la naturaleza y por la aparición de nuevas enfermedades, las cuales inicialmente fueron atribuidas a chamanería y desataron conflictos entre las comunidades.

Así como existen normas ancestrales también están vigentes otras que proceden de los procesos democráticos, que son las normas dictadas por las autoridades, en asambleas, y que toman forma en los estatutos y reglamentos.

El Estatuto de la Nacionalidad Achuar Ecuatoriana, es una muestra de los procesos democráticos mencionados, y de hecho el Estatuto de la NAE, es un instrumento realizado con la intervención de un jurista, este documento contiene normas orgánicas, regulatorias y punitivas; y otorgó vida jurídica a la organización achuar.

A continuación, se citarán los principios y algunos artículos del Estatuto de la N.A.E., que describen a las autoridades que administran justicia en la Nacionalidad Achuar.

“Principios del Estatuto de la Nacionalidad Achuar Ecuatoriana

- La máxima autoridad de la Nacionalidad Achuar es su Congreso.

- El único representante político, administrativo y legal es el Consejo de Gobierno de la Nacionalidad.

- La Nacionalidad tiene un solo territorio que no se puede vender, ni embargar ni dividir...

...- Los miembros de la Nacionalidad Achuar mantienen la plena vigencia de su ley ancestral y su sistema de justicia tradicional.

- Los miembros de la Nacionalidad Achuar reconocen y ejercen su derecho a su autodeterminación.”

Art. 11. “La Nacionalidad Achuar está integrada por los siguientes Organismos de gobierno: Congreso, Asamblea, Consejo de Gobierno, Asociaciones de Comunidades, Comunidades”.

Art. 12. “El Congreso es la única y máxima autoridad, constituye el poder de la Nacionalidad Achuar; sus decisiones y resoluciones son de carácter obligatorio tanto para los órganos de gobierno de la Nacionalidad como para miembros de las comunidades de base”.

Art. 15. “Son atribuciones del Congreso de la Nacionalidad:

- Resolver y aprobar los lineamientos administrativos, económicos, filosóficos y políticos de la NAE;*
- Conocer y aprobar los informes de trabajo presentados por el consejo de Gobierno;*
- Definir acciones de desarrollo, normas legales, Reglamentos Administrativos y otras que sean convenientes para la Nacionalidad;*
- Censurar y sancionar a los miembros del Consejo de Gobierno y a cualquiera de los miembros de la nacionalidad que incumplieren con sus*

deberes, o que incurrieran en inobservancia de las resoluciones adoptadas en el Congreso o Asamblea;

- *Elegir a los miembros del Consejo de Gobierno de la Nacionalidad por votación directa y secreta;*
- *Dictar, aprobar y reformar el Estatuto y Reglamento cuando se considere necesario para la buena marcha de la Nacionalidad...”*

Art. 16. “La Asamblea es el Segundo órgano del poder de la Nacionalidad, ésta se constituye con la participación del Consejo de Gobierno, de las Asociaciones y de las Autoridades de las Comunidades de acuerdo al reglamento interno”.

Art. 18. “Atribuciones de la Asamblea:

- *Resolver todas las consultas y asuntos que se pongan en su conocimiento;*
- *Conocer y aprobar renuncias o separación de miembros del Consejo de Gobierno y designar su reemplazo hasta cumplir el período de elección;*
- *Proyectar y planificar planes de desarrollo para las comunidades...*

Art. 19. Son miembros del Consejo de Gobierno: Presidente, Vicepresidente, Dirigente de Territorios, Dirigente de Educación, Dirigente de Salud

- *Dirigente de Desarrollo Económico*
- *Dirigente de Promoción, Organización y Comunicación*
- *Dirigente de la juventud*
- *Representante de la NAE en Macas*
- *Coordinador Nacional en Quito”.*

Art. 21. “Son atribuciones y deberes del Consejo de Gobierno:

- *Cumplir y hacer cumplir el presente Estatuto, Reglamento y Resoluciones del Congreso y de las Asambleas;*
- *Elaborar el Reglamento Interno, el mismo que deberá ser sometido a consideración de la Asambleas;*
- *Formular y someter a consideración del Congreso las reformas del presente Estatuto, Reglamentos y más instrumentos que sean necesarios;*

- *Imponer las sanciones correspondientes a los miembros que incurran en casos de indisciplina, infracción e inobservancia, de acuerdo a las normas establecidas internamente;*
- *Nombrar equipo técnico según el requerimiento de la Nacionalidad;*
- *Convocar a al Congreso y a la Asamblea a los miembros que los conforman;*
- *Definir la constitución de comisiones especiales cuando así se requiera;*
- *Autorizar al Presidente la suscripción de los contratos, convenios, acuerdos y transacciones con personas naturales y jurídicas ya sea a nivel local, provincial, nacional o internacional”.*

Art. 23. “Son atribuciones del Presidente:

- *Representar a la Nacionalidad en forma legal, judicial y extrajudicial;*
- *Convocar y presidir las sesiones ordinarias y extraordinarias el Consejo de Gobierno;*
- *Suscribir todo tipo de contratos, convenios, acuerdos y resoluciones mediante la autorización del Consejo de Gobierno;*
- *Legalizar con su firma las actas de sesiones, correspondencias, cheques y otros documentos de manejo interinstitucional e institucional;*
- *Actuar con sujeción a los principios y normas reguladas por el Estatuto y los Reglamentos Internos y velar por su estricto cumplimiento;*
- *Exigir la presentación de planes, programas y proyectos a las comisiones y técnicos... “*

Art. 24. “Son atribuciones del Vicepresidente:

- *...Reemplazar con todas las atribuciones al Presidente cuando sea necesario;*
- *Vigilar la administración de la Nacionalidad y ser guía de todos los que laboran dentro de la planta administrativa de los Achuar...⁵⁶*

⁵⁶ Estatuto de la Nacionalidad Achuar Ecuatoriana.
 Disponible en : <http://www.nacionalidadachuarecuador.org/archivos/espanol/estatuto.html>

Otro rango de autoridad es el de las autoridades comunitarias, es decir los presidentes o los síndicos de las comunidades, presidentes de la asociación o la federación; estos cargos son otorgados por elección y mandato de la comunidad en las asambleas y su cargo tienen la representación de la comunidad por un año, en labores relacionadas con la administración, actividades gubernamentales y jurisdiccionales. También existe la figura del teniente político, quien se encuentra en la parroquia de Wámpuik, que está a dos días de camino se Sapap Entsa, esta autoridad, es nombrada por el gobernador y recibe sueldo del Estado.

También se encuentra presente la figura del presidente de la Nacionalidad Achuar Ecuatoriana, quien guía la faena comunitaria, en lo relativo a mejoras de todos los ámbitos, es el administrador de su comunidad, organiza eventos, programa actividades, festejos, convoca a mingas y tiene bajo su responsabilidad el avance, mejoras en infraestructura y progreso en general de la comunidad que ha depositado en él la confianza, sus funciones no son remuneradas, pero sus labores le otorgan un reconocimiento social de mucho prestigio.

En cada comunidad está la figura del síndico, es un árbitro y un conciliador, que analiza y sugiere, recibe testimonios, indaga y sanciona, y al igual que las otras autoridades consulta con los ancianos sobre los conflictos familiares y personales, que tiene a su cargo.

La manera de resolver los conflictos comunitarios, se resume en la presentación de la queja o denuncia oralmente, luego se procede a un careo y en los casos en que no es posible un entendimiento, se prolongan las investigaciones y los diálogos con los familiares sanguíneos y políticos para que se viabilice una solución, además esta autoridad, puede imponer sanciones de distintos tipos, mediante trabajos comunitarios.

Existe además un rango de autoridad más general, que es la directiva del Centro, que está formada por un síndico, vicesíndico, un secretario y un tesorero, quienes impulsan proyectos y actúan sobre las comunidades que integran el centro, sobre las cuales tiene el deber y facultad de atención y vigilancia, respectivamente. El síndico, en ocasiones suele apoyarse en la asociación para ciertos conflictos de difícil solución.

Las personas mayores, ancianos de honrosa reputación, familiares son quienes aplican principalmente las normas y procedimientos ancestrales, recomiendan y crean una suerte de reflexión en la persona, además su criterio es considerado muy valioso en todos los asuntos de la comunidad. Estas personas conforman un elemental nivel de autoridad.

Cuando en esta instancia no es posible encontrar una solución, se suele concurrir al presidente de la asociación, quien procede de manera similar.

1.5 Conflictos más comunes en Sapap Entsa: tratamiento y solución.

A continuación, se especificarán los conflictos más frecuentes en la Comunidad de Sapap Entsa, que de acuerdo a lo manifestado por sus habitantes, los más recurrentes son *“los problemas familiares, la falta del cumplimiento de obligaciones en los matrimonios con más de una mujer, agresiones físicas, práctica dolosa del chamanismo, mentiras, y actualmente los problemas que se derivan de la presencia de empresas extractivas”*. Vale destacar que ninguna persona de la comunidad mencionó problemas derivados de un mal uso de los recursos que se asignan a la comunidad que son viabilizados a través de las autoridades comunitarias, es decir aun ni es concebible figuras que se asemejen al peculado.

Al igual que en la dinámica social de todos los pueblos, los celos, los rumores, la mentira, el descomedimiento en la participación de actividades comunitarias, el irrespeto a instrucciones de las autoridades familiares, son hechos que se presentan y son censurables por el daño que causan ya que repercuten en la atmósfera comunitaria, además de que estas actitudes menoscaban la honra y el prestigio de sus actores; estos comportamientos pese a ser privados son punibles dentro del sistema jurídico ancestral de los achuar.

En lo referente a los problemas de embriaguez y contrariedades entre los esposos o del núcleo familiar, aunque sean problemas menores puede derivar más tarde en más graves, que conllevan a problemas entre familias, a la falta de participación en las mingas, en estos casos generalmente interviene un líder familiar, o el síndico, amonestándolos y recomendando.

En lo referente a la poligamia, generalmente se dan molestias internas ante la voluntad del marido de realizar esta práctica, los problemas que surgen de ésta, como ya se había mencionado, se producen cuando el hombre atiende con preferencia a una de sus esposas o a los hijos con esta procreados, esta inequidad en el cumplimiento genera a más de decepciones, contrariedades, que se han vuelto más frecuentes, en parte por la nueva corriente de pensamiento que se está difundiendo en Sapap Entsa sobre los derechos de género, y las bases cristianas que han satanizado a la poligamia.

La influencia cultural del exterior se percibe en esta comunidad, también en lo relativo a los matrimonios acordados, ya que actualmente existe una tendencia a que los jóvenes se sientan legitimados a rehusar esta práctica cultural de antaño.

En los achuar, al igual que en otras étnias amazónicas se encuentran legitimados actos que son punibles en la Constitución, leyes y convenios internacionales, tales como muertes por venganza, por chamanismo y por adulterio que tienen su significación propia y que sería motivo de otra investigación.

Las normas de comportamiento femenino son muy rígidas y se considera aceptable que el marido cele a su mujer si ella ha estado conversando amablemente con otro hombre. Se concibe además que el hombre se encuentra

legitimado para dar muerte a la mujer por infidelidad y es por esta razón, que los rumores pueden resultar muy dañinos para una familia y para la comunidad en general.

Un problema que anómalamente aqueja a la comunidad, es la chamanería, aunque por influencia de las misiones esta práctica ha sido desprestigiada y cuando se detecta que ha ésta ha tenido intenciones oscuras y maliciosas, da lugar a letales enfrentamientos, en contra del chamán o incluso a de su familia.

Otro conflicto existente pero poco común es el robo, que a decir de los oriundos de Sapap Entsa, es una acción ajena y aprendida fuera de la comunidad, ya que en el interior de ésta, solo se ha dado el hurto; para los achuar el robo violento es una actitud de la ciudad, y si este tipo de hechos se han cometido por los achuar ha sido fuera de la comunidad; aunque no existe conocimiento ni registro de que algún joven que haya acudido a la ciudad haya incurrido en este tipo de actividades delictivas, o que hayan integrado pandillas, que de darse, sería la justicia formal la llamada a juzgarlos.

Los problemas de linderos en la comunidad son escasísimos o casi inexistentes, y para solucionarlos los achuar generalmente concurren a la autoridad comunitaria o al teniente político.

1.6 Debilidades del sistema.

El sistema social y jurídico en esta comunidad, sería absolutamente fuerte sin la presencia estatal, de hecho, en la praxis, de manera general, las autoridades indígenas no resuelven los problemas realmente graves, “*algunas de las dificultades que no han sido resueltas son aquellas relacionadas con los límites, la jurisdicción y competencia de la justicia indígena con relación al sistema de justicia estatal. Pues, no obstante, de estar provistos de este derecho, cuando se suscitan conflictos entre los dos sistemas, las autoridades indígenas no cuentan con mecanismos ni procedimientos para hacer que los casos sean devueltos y solucionados en sus propias comunidades.*”⁵⁷. Esto se debe en parte a los prejuicios desde los cuales parte nuestro pensamiento ya que observando desde la perspectiva de formación jurídica occidental, la estructura del sistema de justicia indígena no se encuentra estrictamente definida ya que no señala exactamente cómo se resuelve en cada instancia y resulta difícil comprender la magnitud de la fuerza que puede tener un castigo en un indígena amazónico, pero esto no debe ser asimilado a una anarquía o como una forma arbitraria de administración de justicia ya que existen normas que son en cierta forma de carácter de general, y cual permite que las normas de conducta puedan ser inculcadas en la comunidad.

Existe una corriente que sugiere una capacitación para los indígenas, por lo que se ha entregado una enorme cantidad de becas de estudio; si bien esta situación es necesaria, también se debe tomar en cuenta los riesgos que implica, pues el contacto con la sociedad suele confundirlos e induce a una migración de la comunidad.

Por otra parte, el tema de la autonomía, que ha sido analizado en capítulos anteriores, significaría, en parte un fortalecimiento, ya que los indígenas decidirían sobre su territorio y desarrollo en general, pero el hecho de que negocien sus recursos naturales, podría convertirse en una debilidad, en el caso de que no se encuentren capacitados para responder ante los ofrecimientos de las grandes empresas.

⁵⁷ Illaquiche Raúl “*Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador. Estudio de Caso*”, Ecuador, 2006, pag 92

Amerita en este punto, manifestar sobre una situación contemplada como legítima entre los achuar, que ha sido tratada anteriormente, el dar muerte a una persona por infidelidad o por venganza, lo cual es concebido como un mecanismo de ajuste, éstos entre otros procedimientos, son contrarios a la Constitución y a los Derechos Humanos, que sin una interpretación intercultural, en definitiva limitarían la aplicación de la justicia indígena.

Resultaría incorrecto que los procedimientos mencionados, sean considerados como consecuencia de una forma arbitraria de hacer justicia ya que se trata de una forma diferente de expresar lo jurídico.

En un estudio sobre los Huaorani, Laura Rival y Harris, sostienen que: “*la venganza antes que un mecanismo de justicia muestra una señal de carencia o falta de otros mecanismos de resolución de conflictos en tanto no resuelven el problema sino que lo potencian, al desencadenar ciclos de muertes y venganzas*”⁵⁸; aceptar esta posición, implicaría negar las normas creadas por los indígenas amazónicos, al respecto existe una evidente dinámica de innovación en los procesos creadores de las mismas y de hecho, en una asamblea de la FICSH, que es una organización shuar con la cual los achuar toman ciertas decisiones en conjunto, se contempló que ante un homicidio, se expulsa de la comunidad a quien lo cometió a más enajenar sus bienes a favor de la familia del difunto; esto como una consecuencia de una nueva apreciación de que la venganza debilita a las comunidades.

Por este, entre otros motivos, como una forma de fortalecimiento a la administración de justicia indígena, es imprescindible que se consideren los “peritajes antropológicos”, ya que “*la conducta del sujeto indígena está relacionada con el sistema normativo interno de la comunidad a la cual*

⁵⁸ Harris, 2000, pag 62 tomado por García Fernando y Chávez Gina en su obra: “*El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*”.

Ecuador, 2004, pag. 86

Disponible también en:

http://books.google.com.ec/books?id=hiQyjWaEwmIC&pg=PA86&lpg=PA86&dq=harris+2000,+la+venganza+antes+que+ser+un+mecanismo+de+justicia&source=bl&ots=4G2Q6V5L5E&sig=7h8AK1fPnOovTWfekFTQhSIU-mc&hl=es&ei=AcHUScOvDcbflQffw6zaDA&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=1#PPA85,M1

pertenece”.⁵⁹ Estos peritajes son una herramienta básica en apreciaciones sobre justicia ancestral y sobre las conductas de los indígenas, ya que permiten valorar los hechos, y considerar a los individuos como portadores de una cultura creada por una colectividad. “*Como en cualquier contexto social, las normas jurídicas son aquellas que cubren algunas características y se asocian con un poder público legítimamente constituido. Por ello es importante el peritaje jurídico antropológico para ilustrar a los jueces sobre lo que puede y lo que no puede ser entendido como jurídico dentro de las tradiciones indígenas específicas*”⁶⁰

⁵⁹ Huber Rudolf, “*Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*”. Colombia, 2008, pag. 192.

⁶⁰ Huber Rudolf, “*Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*”. Colombia, 2008, pag. 17

CONCLUSIONES

...ha sido el mismo derecho el que ha socavado al derecho...

Tras la realización de este estudio que apunta a ser una contribución a la reflexión sobre justicia y pluralismo jurídico en nuestro país, se evidencia la necesidad de incorporar a los pueblos indígenas, a la construcción de un Ecuador plurinacional, incluyente y equitativo. Debemos pensar en país, en pueblos, en comunidades, no sólo en individuos y en su libertad; es imprescindible que las culturas interactúen horizontalmente y que se vivan los principios interculturales de autonomía judicial y respeto a la diversidad cultural. Es necesario que el diseño jurídico nacional parta de la comprensión desprejuiciada de las particularidades de las formas ancestrales de administrar justicia.

La justicia indígena se encuentra legalizada pero aun no legitimada en la sociedad mestiza, en gran medida por los comentarios que se han propiciado en los medios de comunicación, que la han presentado desvirtuándola totalmente, a manera de noticia sensacionalista. Cabe señalar que el hecho de que la justicia indígena se encuentre consagrada constitucionalmente, puede abrir una puerta para el utilitarismo, es decir el indígena podría recurrir al procedimiento formal o al procedimiento indígena, según su conveniencia. Sin embargo, amerita destacar que las contrariedades que derivan de la justicia indígena son eminentemente políticas más que legales.

En nuestro país se evidencia una cultura jurídica ofensiva. En materia indígena existe un rosario de leyes, reconocimientos y derechos, que continúan desapercibidos y menoscabados, ha sido el mismo derecho el que ha socavado al derecho. La necesidad de que el derecho contemple la variabilidad cultural es urgente ante los dilemas que actualmente se presentan, principalmente en lo concerniente a las fiscalías indígenas, por lo cual la aprobación de una Ley de Funciones de Justicia de las Autoridades Indígenas debe ser una tarea inaplazable para la nueva Asamblea Nacional.

Se ha jerarquizado a los derechos humanos como una manifestación suprema del desarrollo humano, en virtud de los cuales se pretende absorber a los pueblos indígenas hacia la cosmovisión mestiza, desconociendo la dignidad de la persona

humana consagrada incluso en estos mismos derechos. Esta amenaza de absorción hacia el occidente, es totalmente lesiva para las culturas indígenas; ya que se trataría de integrarlos a la “sociedad desarrollada”, que es un sistema en el que se trata al hombre tal como se trata a la naturaleza y que solo se piensa en ésta cuando los problemas ecológicos amenazan.

Por estos motivos, hay que recalcar la importancia de la antropología jurídica para realizar un análisis de los sistemas normativos estatales y los indígenas, por esta razón las pruebas periciales antropológicas, constituyen elementos muy importantes a la hora de comprender la forma en que los indígenas organizan su comunidad.

Tras indagar sobre las reivindicaciones indígenas consagradas en los instrumentos internacionales, se concluye que se tratan de una declaraciones demagógicas para facilitar objetivos empresariales, que podrían ser el inicio de una desintegración nacional, ya que al relegar al Estado en la participación de las decisiones en torno al tema se daría luz verde para que los espacios territoriales habitados por los pueblos indígenas se conviertan en empresas prósperas de minas y petróleo. Es decir, las teorías de reivindicación cuyo contenido tiene una dosis revolucionaria, terminarían siendo parte del juego los intereses empresariales internacionales.

Anexos



Originales, Archivo: Stephanie León C.



Originales, Archivo: Stephanie León C.



Originales, Archivo: Stephanie León C.

BIBLIOGRAFÍA

- ANAYA, James “*Los pueblos indígenas en el derecho internacional*”. Segunda Edición. Editorial Trotta, 2005.
 - ARA PINILLA, Ignacio. “*Las Transformaciones de los Derechos Humanos*”. España, 1997.
 - CIMADAMORE, Alberto; EVERSOLER, Robyn, MC NEISH, John – Andrew, coordinadores, “*Pueblos Indígenas y Pobreza: enfoques multidisciplinares*”. Primera Edición. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2006.
 - DAVALOS, Pablo “*Pueblos Indígenas, estado y democracia*”. Primera edición. Buenos Aires: Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales – CLACSO, 2005.
 - DESCOLA, Philipe, “*La Selva Culta. Simbolismo y Praxis en la Ecología de los Achuar.*” Traducción de Juan Carrera Colin y Xavier Catta. Ediciones Abya Yala. Ecuador. Coedición 1987
 - GARCIA, Fernando y CHAVEZ, Gina. “*El derecho a ser: diversidad, identidad y cambio. Etnografía jurídica indígena y afroecuatoriana*”. Primera Edición. Ecuador, 2004.
 - GARCIA, Fernando “*Formas Indígenas de administrar Justicia. Estudios de caso de la nacionalidad quichua ecuatoriana*”. Primera Edición. Ecuador, 2002.
 - GUERRERO CAZAR, Fernando; OSPINA PERALTA, Pablo “*El poder de la comunidad: ajuste estructural y movimiento indígena en los Andes Ecuatorianos*”. Primera edición. Argentina, 2003.
 - HUBER, Rudolf; MARTINEZ, Juan Carlos; LACHENEL, Cécile; ARIZA, Rosembert, coordinadores, “*Hacia Sistemas Jurídicos Plurales*”. Colombia, 2008.
 - IBARRA, Alicia “*Los indígenas y el Estado en el Ecuador*”. Segunda Edición. Ediciones Abya Yala, Quito – Ecuador, 1992.
-

- ILLAQUICHE LICTA, Raúl “*Pluralismo Jurídico y Administración de Justicia Indígena en Ecuador. Estudio de Caso*”. Segunda Edición. Ecuador 2006.
 - KELSEN, Hans, “*Teoría Pura del Derecho*”, 27 ed. de la edición en francés de 1953. Argentina, 1994
 - PAREDES ROLDAN, Efrén “*Notas sobre Justicia Formal y Justicia Indígena*”. Cuenca – Ecuador 2006.
 - PEREZ GUARTAMBEL, Carlos. “*Justicia Indígena*”. Editorial Universidad de Cuenca, Facultad de Jurisprudencia y Ciencias Políticas. Primera Edición. Ecuador, 2006.
- SIMBAÑA, Floresmilo. “*Plurinacionalidad y derechos colectivos. El caso ecuatoriano*”. Argentina, 2005.
- STAVENHAGEN, Rodolfo “*Entre la ley y la costumbre*”, México, 1990.
 - TATZO, Alberto; RODRIGUEZ, German “*La Visión Cósmica de los Andes*”. Tercera Edición. Quito – Ecuador, 1998.
 - TIBAN, Lourdes; ILLAQUICHE, Raúl “*Manual de Administración de Justicia Indígena en el Ecuador*”. Ecuador, 2004
 - TRUJILLO, Julio Cesar; GRIJALVA, Agustín; ENDARA Ximena “*Justicia Indígena en el Ecuador*”. Primera Edición: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Auto Edición Abya – Yala Editing. Quito – Ecuador 2001.

CUERPOS LEGALES

- Estatuto de la Nacionalidad Achuar del Ecuador.
- Disponible en : www.nacionalidadachuarecuador.org/archivos/espanol/estatuto.html
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
 - Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente. Registro Oficial no.311 – 1998.
 - Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

OTRAS FUENTES

- Borello Raúl. Resumen de la ponencia “*Sobre el Pluralismo Jurídico*”, archivos de la Asociación Argentina de Filosofía del Derecho, el 9 de octubre de 1999.

Disponible en: http://www.aafd.org.ar/archivos/13_jornada_Borello.pdf

- Carbonnier Jean, citado por Hierrezuelo Conde Guillermo, Revista de estudios histórico-jurídicos, ISSN 0716-5455 *versión impresa*, Rev. estudio. Histórico jurídico No.26 Valparaíso, 2004

- Chávez Gina, 2003, *artículo de la Red Ecuatoriana de Derecho Indígena*.

Disponible en:

http://www.observatorio.cl/contenidos/datos/docs/20060201041059/Derechos_collectivos_de_pueblos_indigenas.doc

- Chavez Gina, Ecuador, Revista Judicial, fecha de publicación desconocida.

Disponible en:

<http://www.dlh.lahora.com.ec/paginas/judicial/PAGINAS/D.Constitucional.207.htm>

- Chuji Gualinga, Artículo de América Latina en Movimiento. Ecuador, 2009.

Disponible en: <http://alainet.org/active/23366&lang=es>

- Descola Philippe, "Los hombres no son los reyes de la naturaleza", Ecuador, 2006. Disponible en: www.lanacion.com.ar/nota.asp?nota_id=833801

- Gaitán Villavicencio Loor, artículo: “*Pluriculturalidad e interculturalidad en el Ecuador: el reconocimiento constitucional de la justicia indígena*”, Red Ecuatoriana de Derecho Indígena, fecha desconocida.

- Gómez Magdalena, artículo con fecha de publicación desconocida.

Disponible en: <http://www.geocities.com/relaju/mgomez.html>.

- Iturralde Diego. “*Movimiento Indio, Costumbre Jurídica y usos de la Ley*” Revista: América Indígena, vol. XLIX, núm. 2, 1989.

Disponible en:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0716-54552004002600029&script=sci_arttext

- León Calle Stephanie, Diario El Mercurio, “*Reportaje: La Selva de Sapap Entsa que da vida*”, Cuenca - Ecuador, 2008.

- Maya Poqomchi , [Kajkoj Ba Tiul](#), “*Revista Rebelión*”, 29- 09-2005

Disponible en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=20641>

- Rohrmoser Valdeavellano Rodolfo, *Revista “Este País”*, artículo: Declaración de la ONU sobre los Derechos de Pueblos Indígenas, Guatemala, 2007.

Disponible en : <http://www.este-pais.com/?q=node/396>

- Solís León Sabrina, “*Derecho consuetudinario de la comunidad indígena frente al sistema jurídico mexicano*”. Universidad de las Américas Puebla, México, 2003.

Disponible en:

http://catarina.udlap.mx/u_dl_a/tales/documentos/ledf/solis_1_s/capitulo1.pdf

- Boletín del Instituto Científico de Culturas Indígenas, anónimo, fecha de publicación desconocida.

Disponible en: <http://icci.nativeweb.org/boletin/33/juridicas.html>